This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 056 934 318
FC
K
LANDSBER
37
HD
AUS
910
KRA
HARVARD
LAW
LIBRARY

Der

Schutz des redlichen Verkehrs

im österr. Civilrechte.

Vortrag,

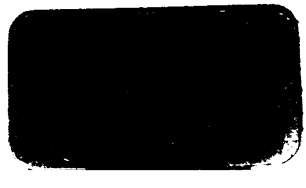
gehalten

am 6. April 1892 in der juristischen Gesellschaft zu Wien.

Von

Prof. Dr. Horaz Krasnopolski.

Prag.
Verlag von H. Dominicus.
(Th. Gruß.)
1892.



Der

Schutz des redlichen Verkehrs

im österr. Civilrechte.

Vortrag,

gehalten

am 6. April 1892 in der juristischen Gesellschaft zu Wien.

Von

Prof. Dr. Horaz Krasnopolski.

Prag.
Verlag von H. Dominicus.
(Th. Gruß.)
1892.

JULY 15 - 1932

K. u. k. Hofbuchdruckerei A. Haase, Prag.

Meinem hochverehrten Collegen

Hofrath Prof. Dr. Carl Ritter von Czyhlarz

in treuer Freundschaft

zugeeignet.

Hochansehnliche Versammlung!

Das Thema, das ich vor Ihnen erörtern soll, bietet der Betrachtung so viele Seiten, daß es unmöglich ist, es im Rahmen eines Vortrags erschöpfend zu behandeln, und ich mich begnügen muß, gleichsam einen Ausschnitt aus demselben der Erörterung zu unterziehen. —

Der Schutz des redlichen Verkehrs, oder richtiger: des Trauens und Glaubens, des berechtigten Vertrauens, der fides im Verkehre ist in der letzten Zeit wiederholt, von gemeinrechtlichen Juristen vorwiegend im Zusammenhange mit der Frage nach der Bedeutung des Willens auf dem Rechtsgebiete oder des Parteiwillens für den Eintritt von Rechtsfolgen, behandelt worden. Der hier noch bestehende, übrigens auch in der englischen Jurisprudenz hervortretende Gegensatz, wird, allerdings weder zutreffend noch erschöpfend durch die Schlagworte: Willenstheorie, Willensdogma auf der einen, Erklärungstheorie auf der anderen Seite bezeichnet. Nicht zutreffend, da, um für das Rechtsgebiet zu existiren, der Wille der Erklärung, die Erklärung des Willens zu erklären bedarf. — Ob man übrigens nicht — soweit diese Seite unseres Problems in Frage kommt — zuweilen zu weit geht, die bona fides auf Kosten des Rechts, die Redlichkeit beim Erwerben auf Kosten des redlich Erworbenen, denjenigen, der wegen seiner Redlichkeit erwerben soll, auf Kosten desjenigen, der

redlich erworben, zu einseitig begünstigt, soll hier nicht untersucht werden. Auch die Frage nach dem juristischen Motor, dem juristischen Motiv der gemeinrechtlichen Jurisprudenz, in einer Zeit, die sich ihres Positivismus, ihres Realismus, ihres nüchternen Wirklichkeitssinnes rühmt, „dem Glauben von dem Vorhandensein einer Thatsache oder eines Rechts gleiche Wirkung, wie der Thatsache, dem Rechte selbst beizulegen" (Windscheid); „an der Stelle des wirklichen Rechts ein System des Scheinrechts zu etabliren" (Gerber) — soll hier nur berührt werden. Diese Fragen berühren die gemeinrechtliche Jurisprudenz. — Unser a. b. G.-B. enthält allerdings manchen, auch diese Seite unseres Problems betreffenden, Rechtssatz, der für das gemeine Recht von Bähr, Hartmann u. A. nur erst als Postulat des Trauen und Glaubens, der bona fides im Verkehr aufgestellt wird. Allein mir will es scheinen, daß man in der Freude darüber in der Richtung zu weit gehe, daß man unser bürgerl. Gesetzbuch nun voll und ganz für Eine Theorie in Beschlag zu nehmen, es sehr einseitig zu interpretiren versucht. Ich möchte der neuesten Lehre von der rein objektiven Auslegung der Verträge gegenüber darauf hinweisen, daß §. 914 für die Auslegung der Verträge dieselbe Regel aufstellt wie für die der Gesetze also auf die eigenthümliche Bedeutung der Worte in ihrem Zusammenhange und auf die klare Absicht verweist; ferner der neuen Lehre über den Dissens bei Verträgen gegenüber darauf, daß bei Berathung des §. 869 b. G.-B. der Sinn des Satzes: „erfolgt die Annahme unter anderen Bestimmungen als unter welchen das Versprechen gemacht wurde, so entsteht kein Vertrag" von keinem Geringeren als dem Vicepräsidenten Haan dahin interpretirt wurde: „es handle sich hier, daß beide Theile in ihren Gesinnungen, in ihrer Meinung vollkommen übereinstimmen." Und ob es angehe, auch für das österreichische Recht dem Vertragsbegriff alle praktische Bedeutung

und wissenschaftlichen Werth abzusprechen, für ein Rechtssystem, in welchem Vertrag und Gesetz so häufig auf eine Linie gestellt werden, das theoretisch auf dem Vertragsbegriff geradezu aufgebaut ist, möchte ich mindestens bezweifeln. Doch diese Seite unseres Thema sollte hier nur gestreift werden.

Um jene Fragen, mit denen wir uns vorwiegend beschäftigen wollen, zu bezeichnen, sei es, dem Beispiele Anderer folgend, gestattet, von praktischen Fällen auszugehen.

Eine im Jahre 1850 executiv gepfändete Schiffmühle wurde im Jahre 1864 vom Executen verkauft und dem Käufer übergeben. Kaum hatte dieser die letzte Kaufschillingsrate bezahlt, als der Exequent in Fortsetzung der Execution die executive Schätzung der Schiffmühle begehrte, welche auch bewilligt wurde. Der Käufer klagt nun den Exequenten auf Unwirksamerklärung des gerichtlichen Pfandes des letzteren. Der oberste Gerichtshof (Entsch. v. 16. Feb. 1871 Glaser-Unger Z. 4055) gibt der Klage statt. In den Entscheidungsgründen heißt es: „wenn im §. 466 gesagt wird, daß im Falle der Uebertragung des Eigenthums der Pfandsache auf einen Andern dem Pfandgläubiger noch immer frei stehe, seine Befriedigung an der Sache zu suchen, so ist dabei offenbar vorausgesetzt, daß nicht nach den vorhergehenden Bestimmungen die Geltendmachung des Pfandrechtes ausgeschlossen sei. Wenn selbst der Eigenthümer der von ihm einem Andern anvertrauten Sache sein Recht gegen den gutgläubigen Erwerber derselben nicht verfolgen kann (§. 367 a. b. G.-B.); so kann es nicht im Geiste dieses Gesetzes liegen, daß das Recht des Pfandgläubigers besser geschützt sein soll u. s. w."

Damit möge eine zweite Entscheidung verglichen werden (17. Jänner 1878 Glaser-Unger 6804). Eine executiv

gepfändete, beim Executen verbliebene Kaffeehauseinrichtung wird von einem Dritten im Tauschwege erworben. Der Erwerber klagte den Exequenten auf Anerkenung seines Eigenthums und „Aufhebung des executiven Pfandrechts". Mit dem zweiten Theile seines Begehrens wird der Kläger in II. und III. Instanz abgewiesen. Von der letzteren mit nachstehender Motivirung: „die analoge Anwendung der §§. 367 und 456 a. b. G.-B. findet hier nicht statt, — denn — der vorliegende Rechtsfall findet im §. 466 a. b. G. B. seine Entscheidung. Das bürgerliche Gesetzbuch verfügt in diesem Paragraph ausdrücklich, daß durch Uebertragung des Eigenthums der verpfändeten Sache das Executionsrecht des Pfandgläubigers keineswegs erlischt. Diese gesetzliche Norm des §. 466 entspricht nicht nur der im §. 447 aufgestellten Begriffsbestimmung des Pfandrechtes, sowie der in den §§. 307 und 308 normirten Natur eines dinglichen Rechtes, sondern folgt auch aus dem im §. 442 ausgesprochenen Grundsatze, daß Niemand mehr Recht abtreten kann, als er selbst hat. Die §§. 367 und 456 bilden nur Ausnahmen von dem eben erörterten Grundsatze und können daher nicht per analogiam ausgedehnt werden. Dieser analogen Anwendung stünde aber auch der Mangel der Voraussetzungen der §§. 367 und 456 entgegen, da in der Klage gar nicht angeführt wurde, daß die Pfandobjecte dem Executen vom Beklagten anvertraut worden seien.

Dieselben Fragen kehren, wenn auch nach anderer Richtung, wieder und finden ebenfalls widersprechende Entscheidung in zwei Fällen, in welchen es sich um die Rangordnung von Pfandrechten handelt. In Execution gezogene, in der

Verwahrung des Schuldners verbliebene Objecte werden nochmals von einem Gläubiger desselben gepfändet und diesem übergeben. (Ueber die Bedeutung der Uebergabe der gepfändeten Objecte an den Executionsführer vgl. Schrutka in Grünhuts Ztschrft. XII. S. 724 Note 27.) Im Processe über die Rangordnung der Pfandrechte erkannte der oberste Gerichtshof (Erl. v. 24. März 1868, Glaser-Unger Z. 3019) gegen die II. Instanz dem Pfandrechte des ersten Exequenten die Priorität vor dem des zweiten zu in der Erwägung, daß der §. 367 hier, wo es sich um die Reihenfolge gerichtlicher Pfandrechte handelt, nicht anwendbar ist, da er von der Vindication des Eigenthums spricht und auch der §. 456 nur von einer fremden beweglichen Sache handelt, die ohne Einwilligung ihres Eigenthümers verpfändet wurde. — Einer kurz zuvor (9. Oct. 1867, Sammlung 2867) ergangenen Entscheidung lag folgender Fall zu Grunde: An einem executiv gepfändeten in der Inhabung des Executen belassenen Wagen wurde von diesem im Wege eines gerichtlichen Vergleiches einem Gläubiger, der ihn auf Zahlung einer Geldsumme belangt hatte, das „erste gerichtliche Pfandrecht" eingeräumt. Im Processe über die Priorität der Pfandrechte wird der erste Exequent mit seinem Begehren, daß ihm ein besseres Pfandrecht zustehe, abgewiesen „in der Erwägung, daß der Kläger den Wagen in dem Besitze des Executen ließ, also ihm denselben anvertraute; daß demnach Kläger in Gemäßheit der §§. 456 und 367 a. b. G.-B. selbst in dem Falle, als der Execut den Wagen dem Geklagten eigenthümlich überlassen hätte, ihn nicht würde haben zurückfordern können; daß er ferner sogar, wenn er Eigenthümer des Wagens und nicht blos Pfandgläubiger bezüglich desselben

gewesen wäre, den redlichen Pfandinhaber hätte schadlos halten müssen, daß aus diesem Grunde und in analoger Anwendung obiger §§. 456 und 367 a. b. G.-B. er mit seinem Pfandrechte jenem des Geklagten nachstehen muß." Daß diese Entscheidungen in einem unvereinbaren Widerspruche stehen, ist klar. Ein gleicher Widerspruch begegnet uns auch in der Literatur. Fast mit denselben Worten wie in den angeführten Entscheidungen wird einerseits (in einem in Wagners Zeitschrift Jahrgang 1841 anonym erschienenen Aufsatze und kurz darauf von Ellinger Jurist VI. Band 1841) wie man sich ausdrückte, die Unanwendbarkeit des §. 367 auf ein bestehendes Pfandrecht behauptet, anderseits (von Damianitsch Jurist VIII. Band Jahrgang 1842 und von Wessely in Wagners Zeitschrift 1843) die Anwendung des §. 367 auf die Klage zur Geltendmachung des erworbenen Pfandrechtes per analogiam und durch einen Schluß a majori ad minus vertheidigt. Es mag nun vorerst bemerkt werden, daß eine und dieselbe im Gesetze nicht entschiedene Frage nicht zugleich durch Analogie und das argumentum a majori ad minus aus einer gesetzlichen Bestimmung beantwortet werden kann. Analoge Rechtsanwendung ist eine juristische, der Schluß a majori ad minus eine rein logische Thätigkeit. Wo der letztere Platz greift, bedarf es nicht der analogen Rechtsanwendung. Auch ist schon von Anderen ausgeführt worden, daß Eigenthum und dingliche Rechte an fremder Sache keineswegs in einem quantitativen Verhältnisse wie das majus zum minus stehen. Doch Analogie oder sogenannte logische Interpretation bei Seite gelassen, so viel ist klar, der dargestellte Widerspruch in der Literatur und Praxis betrifft die Bedeutung und die Tragweite der §§. 367 und 456, welche unmittelbar jene Fragen, die in den citirten Entscheidungen beantwortet werden sollten,

nicht lösen. Eine Untersuchung hierüber erscheint um so mehr geboten, als das Hand.-Gesetzbuch im Art. 306 zu Gunsten des redlichen Erwerbers des Eigenthums an einer von einem Kaufmanne in dessen Handelsbetrieb veräußerten und übergebenen Waare oder anderen beweglichen Sache es ausdrücklich ausspricht, daß jedes früher begründete Pfandrecht oder sonstige dingliche Recht erlischt, wenn dasselbe dem Erwerber bei der Veräußerung unbekannt war, und unter der gleichen Voraussetzung die Geltendmachung eines Pfandrechtes oder sonstigen dinglichen Rechtes zum Nachtheil des redlichen Pfandnehmers oder seines Rechtsnachfolgers ausdrücklich ausschließt. Was das Hand.-Ges.-Buch auszusprechen für nöthig fand und spätere österreichische Specialgesetze u. z. §. 204 d, 204 e, 205 Zoll- und Staatsmonopols-Ordnung, 155 Z. 5 Ges. Strafgesetz, Minist.-Verordg. vom 28. Oct. 1865 Nr. 110 R.-G.-Bl., §. 4 Ges. vom 23. März 1885, Nr. 48, R.-G.-Bl. ausdrücklich bestimmen, fehlt im allgem. bürgerl. Gesetzbuche. So entsteht die Frage, wie weit der redliche Erwerber einer beweglichen Sache oder eines dinglichen Rechts an einer beweglichen Sache nicht nur gegen den Mangel des Eigenthums in der Person seines Vormannes sondern auch gegen die Geltendmachung dinglicher Rechte Dritter nach österreich. bürgerl. Rechte geschützt werde.

Nur diese Fragen sollen hier untersucht werden. Ausgeschlossen bleibt somit die Untersuchung der Bedeutung und Tragweite des Publicitätsprincipes sowie des §. 371 a. h. G.-B. Erstere, weil das Publicitätsprincip m. E. auf einer ganz anderen ratio beruht, als der Schutz des redlichen Verkehrs auf dem Gebiete des Mobiliarsachenrechtes, letztere, weil §. 371 in neuester Zeit wiederholt Gegenstand der Erörterung und Untersuchung war.

Daß die hier zunächst in Betracht kommenden Bestim-

nungen*) unseres bürgerlichen Gesetzbuches deutschrechtlichen Ursprunges sind, ist bekannt. Freilich ist in neuerer Zeit behauptet worden, daß, wenn man in der römischen Rechtsgestaltung das Erforderniß der Vollendung der Usucapion streicht und die Ausschließung der Usucapion bei den res furtivae berücksichtigt, man im Großen und Ganzen zu derjenigen Rechtsgestaltung kommt, welche als die deutschrechtliche bezeichnet zu werden pflegt (Motive zum deutschen Entw. III. 392). Diese Deduction wird von Gierke (Entwurf S. 387) wohl nicht mit Unrecht auf eine Stufe gestellt, mit der Erwägung, eine Eiche würde, falls sie nur statt Eicheln Aepfel trüge, im praktischen Ergebnisse einem Aepfelbaum ähneln; ganz abgesehen davon, daß es ein innerer Widerspruch ist, von einer Usucapion ohne das Erforderniß des Ablaufs einer Usucapionszeit zu reden, ähnlich der prescription instantanée französischer Juristen.

Doch soll auf die deutschrechtliche Grundlage der fraglichen Bestimmungen unseres Rechts hier nicht eingegangen werden.

Abgesehen davon, daß dieses Thema in neuerer Zeit von gemeinrechtlichen und auch von österreichischen Schriftstellern (Exner, Randa) wiederholt behandelt worden, spricht gegen eine unmittelbare Verwendung deutschrechtlicher Sätze zur Interpretation unseres Rechts m. E. Folgendes: Bekanntlich ist das juristische Motiv der Beschränkung der Verfolgbarkeit der Fahrhabe im deutschen Recht noch nicht gefunden und überaus streitig, ob es im Proceß oder im materiellen

*) Vgl. — da Vollständigkeit in dem Nachweise der Literatur nicht beabsichtigt ist, — für das österr. R. zu dem Folgenden: Unger, der Entw. eines b. G.-B. ꝛc. S. 204 ff. — Exner, Rechtserwerb durch Tradition S. 58 ff. — Randa, Eigenthum S. 297 ff.

Recht zu suchen sei. Ist doch sogar behauptet worden, daß es „ein vergebliches Bemühen bleiben wird, aus den der Rechtsbücherperiode angehörenden Quellen ein in sich abgeschlossenes und consequentes System darzustellen, weil schon in dieser Periode der leitende Grundgedanke in Vergessenheit gerathen war" (Heusler Gewere S. 501). Dazu kömmt, daß — wie anerkannt wird — den Bestimmungen des deutschen Rechts eine bewußte Tendenz, Förderung des Handels und Wandels, Schutz des Trauen und Glaubens, ursprünglich fern lag, jene Tendenz, in welcher die uns beschäftigenden Bestimmungen unseres Rechts wieder ins Leben gerufen wurden. Und endlich, um älteres Recht zur Interpretation des geltenden zu verwenden, muß entweder historische Continuität oder bewußtes Anknüpfen an das erstere nachweisbar sein. An der historischen Continuität fehlt es hier zweifellos (A. allerdings Unger, Sächs. Entw. S. 205). Ob ein bewußtes Anknüpfen an das ältere Recht stattgefunden, soll später gezeigt werden. Es ist daher m. E. nicht zulässig, die Behauptung, daß die Geltung des §. 367 h. G.-B. auch dann nicht ausgeschlossen sei, wenn die Veräußerung nicht unmittelbar vom Vertrauensmann des Eigenthümers, sondern von dessen weiteren Vertrauensmann, z. B. vom Aftermiether, Aftercommodatär u. s. w. erfolgte, damit zu motiviren „Dies fordere die Consequenz des Satzes: Hand wahre Hand, demzufolge der Eigenthümer bei freiwilliger Detentionsüberlassung sich nur an den Empfänger halten darf" (Randa, Eigenthum S. 311). Als ob die Verfasser des h. G.-B. einfach dasjenige, was Sachsenssp. II. 60 §. 1 ausspricht, recipirt hätten und auch nach unserem Rechte principiell dasselbe gelten würde, was nach dem Sachsenspiegel! Lehrreicher und lohnender scheint es, der Entstehungsgeschichte der angeführten und anderer hierher gehöriger Bestimmungen unseres h. G.-B. in den Vorarbeiten zu demselben nachzugehen und zu

untersuchen, ob und was daraus für die Interpretation des geltenden Rechts zu gewinnen ist. Auch Andere haben diesen Weg schon betreten. So berief man sich zur Entscheidung der Frage, ob auf die auf offenem Markte von Urproducenten verkauften Sachen die Norm des §. 367 anzuwenden sei, auf den Cod. Theres. und zog daraus, daß §. 367 den Kauf auf offenem Markte nicht erwähnt, während ihn der Cod. Theres. ausdrücklich anführt, den Schluß, daß der redliche Erwerb auf offenem Markte nicht unter §. 367 falle, mit der Motivirung, „daß die bezügliche Bestimmung des Cod. Theres. in den späteren Entwürfen eliminirt wurde." Einer derartigen, rein äußerlichen Argumentation gegenüber muß aber darauf hingewiesen werden, daß das Mobiliarsachenrecht des Cod. Theres., und ganz dasselbe gilt vom Entw. Hortens, auf einem consequent durchgeführten, von dem des b. G.-B. verschiedenen Principe beruht, nämlich auf dem der Relativität des Eigenthums und der dinglichen Rechte an Mobilien. Der Cod. Theres. (II, C. II §. 1 N. 21) stellt das allgemeine Princip auf: „Die Behaftung beweglicher Sachen geht nicht so wie bei liegenden Gütern auf einen jedweden Besitzer ohne Unterschied, sondern nur auf Jenen, dem diese Behaftung wissend ist, folglich der die Sache nicht mit gutem Glauben und also auch nicht rechtmäßig an sich gebracht hat, wie es unten im VIII. Capitel §. IV mit Mehreren ausgeführt ist." Daher wird der Pfandgläubiger mit der Pfandklage abgewiesen, bez. läßt der Entw. Hortens das Pfandrecht erlöschen, wenn der Geklagte darthut, daß er die Sache im guten Glauben, ohne von der darauf haftenden Pfandschaft etwas zu wissen, aus einem rechtmäßigen Ankunftstitel mit Ausweisung seines Gewährsmannes an sich gebracht u. zw. wie der Entw. Hortens

ausdrücklich hinzufügt und auch für den Cod. Theres. gilt, „wenn die Pfandsache dem Gläubiger von dem Schuldner durch Betrug oder Argliſt entzogen worden wäre". Daher ſchadet es dem Pfandgläubiger nicht, wenn das Recht desjenigen, der an einer beweglichen Sache ein Unterpfand beſtellt hat, „aus einer vor der Verpfändung vorgeweſenen Urſache erlöſchet und dem Gläubiger zur Zeit der Verpfändung der dem Dritten an der Sache gebührende Anſpruch unbekannt geweſen. (Cod. Theres. III. 7 N. 92.)

Dieſelbe beſchränkte relative Wirkſamkeit kommt auch dem Eigenthumsrechte an Mobilien zu. So beſtimmt der Cod. Theres. (III 7, 40) übereinſtimmend mit dem Entwurfe Hortens (III 7, §. 11): „Wenn der Gläubiger, bei dem eine fremde Sache verſetzt wird, ſolche fremd zu ſein nicht gewußt, ſondern mit gutem Glauben dem Vorgeben des Schuldners, daß es ſeine eigenthümliche Sache ſei, in Hiezutretung der übrigen im zweiten Theil ausgemeſſenen Erforderniſſe — von denen ich ſofort ſprechen werde — getraut hat und hier nebſt ſeinen Gewährsmann auszuweiſen vermag, ſo erwirbt derſelbe aus Macht des Geſetzes hieran auch gegen den Eigenthümer ſelbſt das Pfandrecht." Zwar darin, daß der Schutz nur demjenigen zukommen ſoll, bei dem die Sache verſetzt wurde, ſtimmt der Cod. Theres. mit dem geltenden Rechte überein. Allein wie der Verpfänder der fremden Sache in deren Beſitz gekommen, ob er Pfandgläubiger (Cod. Theres. III 7, 34), Fruchtnießer, Commodatar, kurz ob er mit Willen des Eigenthümers die Gewahrſame erhalten oder ob er ſie gewaltſam oder heimlich an ſich gebracht, macht, wie ſofort ſich aus der Verweiſung auf den II. Theil des Näheren ergeben wird, vom Stand-

punkte des Cod. Theres. keinen Unterschied. Aufmerksam gemacht muß schon hier werden auf den Gesichtspunkt, unter den der Cod. Theres. und der Entw. Hortens den Erwerb des Pfandrechtes bringt, und der auch für die Erwerbung des Eigenthums auf Grund des guten Glaubens maßgebend war, nämlich, daß der Erwerb erfolgt „aus Macht des Gesetzes, aus Macht Rechtens" also nicht aus dem Rechte und auf Grund des Rechtes des Vormannes, nicht derivativ sondern originär. Und noch eins soll sofort hervorgehoben werden. Die Erwerbung des Nießbrauches an einer dem Besteller desselben fremden Sache wird trotz Redlichkeit, trotz guten Glaubens nicht geschützt. Wenigstens findet sich eine der Erwerbung des Pfandrechtes analoge Bestimmung im Cod. Theres. nicht. Daß hier kein bloßes Uebersehen vorliegt, beweist die Bestimmung über den Schutz desjenigen, der vom Nießbraucher die fremde mit dem Nießbrauche behaftete Sache im guten Glauben, ohne von dem fremden Eigenthum etwas zu wissen, durch eine aufrechte Handlung an sich gebracht. (II 28, N. 16). Es ist nicht ohne Interesse zu bemerken, daß der Cod. Theres. hierin, wenigstens soweit verbrauchbare Sachen in Frage kommen, mit dem, deshalb freilich getadelten, Entwurf des b. G.-B. für das Deutsche Reich übereinstimmt. — Betreffend aber die Erwerbung des Eigenthums an einer dem Tradenten fremden Sache, so geht der Cod. Theres. und der Entwurf Hortens weiter als das deutsche Recht und alle älteren oder neuen Gesetzgebungen im Schutze des redlichen Erwerbers. Im VIII. Capitel des zweiten Theils handelt der Cod. Theres. und übereinstimmend der Entwurf Hortens (II, VI) von der Uebertragung des Eigenthums aus Macht Rechtens und stellt das allg. Princip auf: „Es erfordert die Sicherheit gemeinen Handels und Wandels bei beweglichen Sachen, daß niemand, der eine

fremde bewegliche Sache mit gutem Glauben, aus entgeltlicher Ursache redlicher Weise an sich gebracht hat, dabei gefährdet sei, wenn er seinerseits keinen Anlaß gegeben, daß ihm die Erhandlung einer fremden Sache zur Schuld gelegt werden könne. Er soll unter Hinzutretung dieser Umstände sofort das Eigenthum aus Macht Rechtens erwerben, ohne einer hiezu nöthigen Verjährung, selbst wenn der Veräußerer die Sache mit Gewalt oder diebischer Weise entwendet." Allein es soll an dem gemeinen guten Glauben — der blos negativen bona fides — nicht genügen. Der Erwerber muß die Sache von Jemandem an sich gebracht haben, von dem er vernünftiger Weise aus den Umständen glauben konnte, daß sie ihm gehörig sei oder daß er die Macht sie zu veräußern habe. Derlei Umstände sind „Hantirung, Vermögensstand, guter Leumund des Veräußerers, als da es dessen ordentliches Gewerbe wäre mit derlei Sachen zu handeln und sie als in- und ausländische Kaufmannswaaren oder als seine Kunst- oder Handwerkarbeiten feil zu haben, oder ihm zum Verkaufe übergebene Sachen auszutragen oder zu verhandeln." „Dahingegen soll niemand geschützt sein, der von einem fremden derorten Unbekannten außer öffentlichen Marktzeiten oder von einem kenntlichen Landläufer oder von einem solchen etwas an sich bringt, wider den ein gegründeter Verdacht fürwalten könnte." „Im Gegentheil soll jener am meisten gesichert sein, der eine öffentlich feilgebotene Sache bei gerichtlicher Versteigerung oder sonst bei anderen öffentlichen von Seiten des gemeinen Wesens vorzunehmen üblichen, oder insonderheit vor-

kehrenden Feilbietungen und Handkäufen erhandelt, falls er nicht betreffs der feilgebotenen Sachen gute Wissenschaft gehabt hätte, daß sie fremd sei und daß bei Kenntniß dieses Umstandes die Sache weder allda angenommen noch feilgeboten worden wäre." So stellt der Cod. Theres. einen speciellen Rechtssatz auf über den redlichen Erwerb bei einer gerichtlichen Versteigerung oder sonst bei anderen öffentlichen von Seiten des gemeinen Wesens vorzunehmen üblichen, oder insonderheit vorkehrenden Feilbietungen nnd Handkäufen und ein allgemeines consequent durchgeführtes Princip und geschlossenes System des Mobiliarsachenrechtes „zur Sicherung des gemeinen Handels und Wandels." Betont muß werden, daß ähnlich wie in den französischen Coutumes (vgl. Franken, franz. Pfandrecht I. S. 303, 306) die Qualität des Veräußerers als Handelsmann, Künstler, Handwerker nicht Voraussetzungen, constitutive den Rechtsschutz begründende Momente, sondern lediglich Indicien sind, aus denen sich die Vermuthung für die Redlichkeit des Erwerbers ergibt; und daß die Erwerbung auf öffentlichem Markte nach der Parömie „der Markt ist mein Garant" von der Stellung des Gewährsmannes befreit. Durchgeführt wird das Princip für den Verkauf einer fremden Sache durch den Pfandgläubiger, Fruchtnießer, Commodatar u. s. w., so daß die Behauptung, der Cod. Theres. erwähne „sonderbarer Weise" den dritten im §. 367 a. b. G.-B. normirten Fall nicht, nicht richtig ist. Motivirt wird die Bestimmung damit, daß bei Eintritt aller geforderten Voraussetzungen man denjenigen schützen müsse, „welcher tadellos und mit Beobachtung aller üblichen Vorsichten gehandelt hat, denn die Beschaffenheit des Besitzes bei den Vormännern des letzten Erwerbers sei nicht eine in die Sinne

fallende Eigenschaft und es würde nur ein „den Handel und Wandel zerrüttende Hinderniß" bilden, wenn man den Erwerber dafür verantwortlich machen wollte, „daß ihm die Unrechtmäßigkeit des Besitzes seines Vormannes unbekannt blieb" m. a. W.: So wie es kein die Sache mit absoluter Wirksamkeit behaftendes dingliches Recht gibt, so soll auch kein vitium die Sache absolut afficiren. (Cod. Theres. II, 8 N. 45.) So weit der Cod. Theres., dem sich — wie gesagt — hier der Entwurf Hortens vollständig anschließt und über dessen Motivirung auch die neuesten Schriftsteller (vgl. Carlin S. 115 u. ö.) nicht hinausgekommen sind. Unwillkürlich drängt sich hier die Frage auf: haben die Verfasser des Cod. Theres. hier einem Vorbilde gefolgt oder selbständig das Mobiliarsachenrecht normirt? So viel ist gewiß: In ihrem Heimatsrechte haben sie das Vorbild dafür nicht gefunden, namentlich nicht — was hier zunächst in Betracht kommt — im böhmischen Land- und Stadtrechte. Die böhmische sowie die mährische Landesordnung enthalten — wie die Polizeiordnung v. 1577 — das ausnahmslose Verbot des Ankaufes gestohlenen oder geraubten Gutes und die ausnahmslose Verpflichtung auch des redlichen Erwerbers, dasselbe ohne Entgelt dem Eigenthümer herauszugeben. (Waren doch gestohlene und geraubte Sachen laut Nov. decl. Ll. IX. von der Präscription ausgeschlossen!) Damit stimmen auch die böhmischen Stadtrechte v. 1579*) überein. (H. XI, P. XV, XVI.) Allein — und hierin liegt ein hochinteressantes Stück Receptionsgeschichte — auch der Satz: „Hand muß Hand wahren" ist den letzterwähnten Stadtrechten fremd. (Vgl. H. XIV.) Sie stehen bezüglich der Vindication der Fahrhabe ganz auf dem Standpunkte des römischen

*) Ueber deren Abfassung, Ott, Recepiion S. 183 ff.

Rechtes. Sie recipiren den Satz: nemo plus juris transferre potest, quam ipse habet. Dagegen finden wir, in den beiläufig 40 Jahre früher — 1536 — compilirten Stadtrechten des Briccius von Ličsko*) (Cap. VII, Art. 2 u. 8) ganz so wie im Brünner Schöffenbuch und im Prager Rechtsbuch (171) die Bestimmung des Sachsenspiegels, die man mit der Parömie Hand muß Hand wahren zu bezeichnen pflegt, sowie anderseits die unbedingte Verfolgbarkeit gestohlener und verlorener Sachen selbst, wenn sie — und hierin unterscheiden sich die Stadtrechte v. 1536 vom Brünner Schöffenbuche (N. 57) — auf offenem Markte bona fide gekauft wurden. Nur an einer Stelle hatte sich noch deutsches Recht, nämlich der Satz Hand muß Hand wahren, nicht, was wohl zu beachten, das alte sog. Judenrecht, beschränkt und modificirt erhalten, nämlich in dem Privilegium für die böhmischen Juden vom 8. April 1648, welches noch im Jahre 1782 vom Kaiser Joseph II. bestätigt wurde. „Hat Jemand Sachen, die ihm vom Eigenthümer anvertraut waren — man beachte den Ausdruck — als sein Eigenthum einem Juden versetzt oder verkauft, so soll derjenige, der einem Andern seine Sachen anvertraut, dieselben bei seinem Selbstschuldner suchen und den Juden, welcher darauf bona fide bei gutem Glauben und Trauen geliehen oder dasselbe erkauft, darum keineswegs zu besprechen befugt, doch wenn er solche Sachen durch baare Bezahlung des darauf geliehenen oder dafür gegebenen Geldes wieder an sich lösen wollte, der Jude ihm solches folgen zu lassen schuldig sein" (Rücksichtlich der Verpflichtung zur unentgeltlichen Herausgabe auch bona fide als Pfand oder zu Eigenthum erworbener gestohlener Sachen bestanden für die Juden keine besonderen Rechtssätze).

*) Ueber sie: Czyhlarz, Mittheilungen des deutschen Juristenvereins Prag. Jahrgang 1878, S. 1 ff., Ott S. 180 ff.

Darin, daß der Rechtssatz: Hand muß Hand wahren, als ein Privilegium für die Juden ausdrücklich ausgesprochen war, liegt der schlagendste Beleg dafür, daß er auf dem Gebiete des Land- und Stadtrechtes keine Geltung hatte, bez. seine Geltung verloren hatte. Ich finde daher für die Behauptung Ungers (Sächs. Entw. S. 205), daß in den österr. Landen der redliche Besitzer, der die Sache von Jenem, dem der Eigenthümer dieselbe anvertraut hatte, an sich gebracht, stets gegen die Eigenthumsklage geschützt war, keinen Beweis. — So weicht der Cod. Theres. ebenso sehr vom deutschen, wie von dem zur Zeit seiner Abfassung geltenden einheimischen Recht ab. Nur in einer Beziehung knüpft er an einheimisches Recht an: nämlich in der Betonung der Bedeutung des guten Leumunds des Veräußerers und in der fast ausnahmslosen Verpflichtung des Erwerbers zur Stellung seines Gewährsmannes. Ob der Bestimmung über den Schutz desjenigen, der eine fremde Sache redlicher Weise bei „von Seite des gemeinen Wesens vorzunehmen" üblichen oder insonderheit vorkehrenden Handkäufen erhandelt, älteres einheimisches Recht (Brünner Schöffenb. 112., Briccius VII, art. 18) zu Grunde liege, dürfte zu bezweifeln sein. — Thatsächlich berufen sich die Verfasser des Cod. Theres. zur Rechtfertigung der Bestimmungen über Erwerbung des Eigenthums aus Macht Rechtens auf Grund des guten Glaubens in ihrem am 30. April 1771 (Harrasowsky Cod. Ther. II., S. 132) erstatteten Vortrage nicht auf das ältere einheimische Recht, sondern auf den Sachsenspiegel, auf die Schriften deutscher Juristen und spec. Mevius ad jus Lubecense. Allein anerkannt und bereits betont ist, daß dem Sachsenspiegel — abgesehen von seinen Bestimmungen über das Judenrecht (IV, 7 §. 4) — der Gesichtspunkt des Schutzes des redlichen Erwerbers fremd war. Der Sachsenspiegel stellt allerdings das später mit den Worten „Hand wahre Hand" bezeichnete

Princip auf; allein einerseits versagt er dem Eigenthümer die Verfolgung anvertrauten Gutes auch gegen denjenigen, der es dem Vertrauensmanne gestohlen, andererseits gestattet er die Verfolgung von, dem Eigenthümer gestohlenen oder vom Eigenthümer verlorenen Sachen auch gegen den redlichen Erwerber unbedingt. Die Schriften der deutschen Juristen, namentlich die gemeinrechtlichen Schriftsteller jener Zeit (vgl. bes. Kreitmayer Adnotationes II, S. 212 f.) erwähnen lediglich die Rechtsparoemie „Hand muß Hand wahren" und erkennen ihre Geltung nur dort an, „wo besondere Statuten" darüber vorhanden sind. Auch diejenigen, (z. B. Voet) die den particularen Satz mobilia non habent sequelam an- und ausführen, erkennen auf Grund desselben doch nur ausnahmsweise den Schutz des redlichen Erwerbers an, indem sie dem Satze nur die Bedeutung gaben, die der Paroemie „Hand muß Hand wahren" beigelegt wird, ihn also nicht anwenden, wenn gestohlene oder verlorene Sachen bona fide erworben wurden; es wäre denn auf öffentlichem Markte, in welchem Falle dem Käufer ein Anspruch auf den Kaufpreis gegeben wird. Aber auch der Satz mobilia non habent sequelam und der ihm gleich behandelte: „Hand muß Hand wahren" wird einschränkend interpretirt, „da die herrschende Zeittendenz es mit sich brachte, daß sogar das klare gewohnheitliche und Statutarrecht sich möglichst dem gemeinen Römisch-Kanonischen Recht fügte." (Goldschmidt Ztsch. VIII, S. 265). Wurde doch der Satz „Hand wahre Hand", wie auch heutzutage vielfach, nicht angewendet, wenn deponirte Sachen vom Depositar oder Sachen, die Handwerkern anvertraut waren, verkauft wurden! Unabhängig davon wurde aber anerkannt, daß wenn bewegliche Sachen ohne Wissen des Eigenthümers öffentlich gerichtlich feilgeboten werden, vix est ut hodierni mores rerum ita venditarum vindicationem paterentur (Voet lib. VI, lit. 1, No. 12). Nicht weiter geht

aber auch Mevius, auf den die Verfasser des Cod. Theres. sich berufen. Auch nach lübischem Rechte gilt zwar — und auch da nur beschränkt — der Satz: „Hand wahre Hand." Hingegen wird die Vindication gestohlener Sachen, selbst wenn sie auf öffentlichem Markte gekauft wurden, zugelassen. — So darf man behaupten, daß die Verfasser des Cod. Theres. in der unbedingten Ausschließung der Vindication beweglicher Sachen gegen denjenigen, der sie entgeltlich und bona fide erworben, selbst wenn sie gestohlen oder geraubt waren, in der consequenten Durchführung des von ihnen klar erkannten und formulirten Principes ein Vorbild in der Literatur oder Gesetzgebung nicht hatten. Ein Vorbild hatten sie allerdings, nämlich das Judenrecht des Mittelalters (vgl. Goldschmidt Ztschr. VIII, S. 266 ff). Allerdings dürfte es mehr als zweifelhaft sein, ob sie dieses Recht gekannt haben. Jedenfalls liegt eine gewisse Ironie der Geschichte darin, daß gerade das Recht der Juden im XVIII. Jahrhunderte als allgemeines Mobiliarsachenrecht für Oesterreich im Entwurfe eines bürgerl. Gesetzbuches Aufnahme fand! (Ueber den deutschen Entw., vgl. Gierke, S. 340).

Wie in so vielen anderen Bestimmungen steht auch rücksichtlich der über die Vindication beweglicher Sachen der Entwurf Martini und mit ihm übereinstimmend der „Urentwurf" auf einem ganz anderen Standpunkte. Es fehlt an einem einheitlichen Principe, aber auch an der Consequenz. Er bleibt einerseits weit hinter dem Cod. Theres. zurück, geht aber andererseits über ihn hinaus. Im Anschlusse an die Bestimmungen über die im a. b. G.-B. sog. Eigenthumsklage aus dem rechtlich vermutheten Eigenthum des Klägers (II, 3, §. 20) bestimmt der Entwurf Martini: „Auch kann eine Eigenthumsklage gegen den redlichen Besitzer einer beweglichen Sache nicht stattfinden, wenn er darthut, die Sache entweder u. s. w., und nun folgen die drei im §. 367 a. b.

G.-B. aufgezählten Fälle, mit dem Unterschiede, daß es im zweiten Falle nicht heißt Gewerbsmann sondern Handelsmann. Bemerkt mag sofort werden, daß trotzdem hier nur Fälle der Unzulässigkeit der Eigenthumsklage angeführt scheinen, auch schon nach dem Entwurfe Martini in denselben das Eigenthum von dem Uebernehmer erworben wird, daß ein Anklang an die Vorarbeiten sich insofern findet, als ausdrücklich hervorgehoben wird, daß das Recht nicht von dem unbefugten Uebergeber, sondern von dem Gesetze allein hergeleitet wird, und daß auch hier als Grund dieser „Vorkehrung die Sicherheit des Handels und Wandels" erscheint (II, 6, §. 11). Der Entwurf Martini enthält ferner (II, 8, §. 10) dieselbe Bestimmung, die wir gegenwärtig im §. 456 und (II, 8, §. 26) im §. 468 finden. Neu ist, daß schon der Entwurf Martini so wie im §. 527, abweichend vom Cod. Theres., in gewissem Umfange auch den redlichen Erwerber einer Servetut schützt. So finden wir bereits im Entwurfe Martini alle Bestimmungen des b. G.-B. über den Schutz des redlichen Erwerbers. Auf die Entstehung des Schlußabsatzes des §. 824 komme ich später zurück.

Es dürfte müßig scheinen, zu untersuchen, worin der Grund für die principiell verschiedene Stellung des Entwurfs Martini in dieser Lehre zu suchen sei. — Das preußische Landrecht, auf das sich selbst Zeiller bei Berathung des § 367 beruft, war hier nicht Vorbild, da das preuß. Landrecht die Verfolgbarkeit beweglicher Sachen ganz abweichend normirt. Wie es scheint, haben hier naturrechtliche Anschauungen eingewirkt. Zwar, zum römischen Rechte zurückzukehren, verbot die Rücksicht auf die „Sicherheit des Handels und Wandels." Andererseits wichen die Bestimmungen des Cod. Theres. und des Entwurfs Horten gar zu sehr vom Naturrechte ab, das unbedingte Verfolgung seines Eigenthums

dem Eigenthümer gestatten, auch die Ersitzung nicht als naturrechtliches sondern als rein positives Institut behandelt, und der Redlichkeit zwar die Bedeutung beilegte, daß sie von der Verantwortlichkeit befreie, nicht aber, daß sie das Recht des Eigenthümers aufheben könne. (Zeiller Nat. Pr.-R. S. 117). „Es ist," sagt Martini (Nat. R. S. 102), bei Besprechung der Ersitzung, „vermöge der natürlichen Gesetze kein zureichender Grund vorhanden, warum der Eigenthümer, der Niemand beleidigt hat, wider seinen Willen das Eigenthum an der Sache verlieren, und dieses an den Besitzer übertragen werden solle."

So war es denn nur eine „zur Sicherheit des Handels und Wandels" wider das Rechtsprincip gemachte Concession, wenn man in bestimmten Fällen „den Eigenthümer wider seinen Willen das Eigenthum verlieren" und auf einen Andern es übergehen ließ, oder dem Erwerbe dinglicher Rechte auch gegen den Eigenthümer Wirksamkeit verlieh. Allein es fehlt nunmehr an einem leitenden Grundgedanken. Kein Wunder, daß auch hier „freier Spielraum für Singularitäten" sich entfaltete.

Das allg. b. G.-B. steht auf dem Standpunkte, den der Entw. Martini und der Urentwurf einnehmen. Gering sind die Aenderungen, die diese Vorarbeiten in der vorliegenden Lehre erfuhren. Sie beschränken sich, von dem, was über den Schlußsatz des §. 824 b. G.-B. gesagt werden soll, abgesehen, auf die Ersetzung des Wortes „Handelsmann" im Entw. Martini und dem Urentwurfe (II. §. 92) durch das Wort „Gewerbsmann" im §. 367, auf die Einschaltung der Worte „gegen Entgelt" aus §. 94 II. Entw. auf eine stilistische Aenderung des Schlußsatzes des §. 92 cit., eine Erweiterung und Ergänzung des §. 368 und darauf, daß die Bestimmungen des §. 92 cit. bez. §. 367 b. G.-B. in Verbindung mit der eigentlichen Eigen-

thumsklage gesetzt wurden. Der Schlußsatz des §. 367: „In diesen Fällen wird von den redlichen Besitzern das Eigenthum erworben," ist sachlich keine Neuerung. Seinem Inhalt nach findet er sich bereits im Entw. Martini bez. §. 168 II. Theil Urentw., und auch §. 92 cit. spricht bereits vom „vorigen Eigenthümer". Wenden wir uns nun zu unserem geltenden Rechte! Goldschmidt (Ztschr. f. H. VIII., 257) fand in den Bestimmungen unseres h. G.-B. spec. §. 367 und 456 den vollendetsten Ausdruck der durch das römisch-kanon. Recht fortgebildeten und modificirten germanischen Theorie, und auch von anderer Seite (Carlin) wurde hervorgehoben, daß die Fassung des §. 367 auf andere Legislationen von entscheidendem Einflusse war. Allein daraus läßt sich für den Umfang ihrer Anwendbarkeit nichts entnehmen. Denn eine bewußte Anknüpfung an das deutsche Recht läßt sich — anders als betreffs Art. 306 H.-G.-B. — trotz Zeillers Anm. zu §. 367 (Commentar II., S. 134), wo er erwähnt, daß das ältere Statutarrecht vieler Provinzen Deutschlands den im §. 367 enthaltenen dritten Fall nach dem Sprichworte: Hand muß Hand wahren von der Vindikation ausnehme, nicht nachweisen. Beruft sich doch Zeiller in seinem Commentar betreffs des zweiten im §. 367 normirten Falles auf die für den Triester Platz ergangene Verordnung vom 6. Juni 1791 N. 161 und bei der Berathung des §. 367 zur Rechtfertigung desselben nicht auf älteres deutsches Recht, sondern nur darauf, daß diese Anordnung sowohl im Entw. der vorigen Compilationscommission als auch im pr. L.-R. sich fände und er der Meinung sei, daß sie zur Sicherheit des Verkehrs in das neue Gesetzbuch aufzunehmen sei. Fragen wir vielmehr, welche ratio, welcher rechtliche Grund, wohl zu unterscheiden von dem legislativ-politischen Zwecke, wie er schon von Schriftstellern des XVII. und XVIII. Jahrhunderts und im Entwurfe Martini sowie im Urentwurf betont wird, liegt denselben zu Grund? Diese Frage, schon

von ältern Juriſten aufgeworfen, hat freilich oft eine Antwort erhalten, die die Abfertigung verdiente, die ihr insbeſondere von Exner zu Theil wurde. Denn ſelbſt für den dritten im §. 367 normirten Fall, den eigentlichen Fall, den die Parömie „Hand muß Hand wahren“ trifft, wird man den Satz, den Mevius, Voet u. A. und nach ihnen öſterreich. Juriſten als Grund anführen: quod quis ex sua culpa damnum sentit, damnum sentire non videtur — wie ſpäter gezeigt werden ſoll — nicht gelten laſſen dürfen. Meines Erachtens läßt ſich ſogar für alle Fälle, die §. 367 aufzählt, eine gemeinſame ratio nicht finden. Für das Anſichbringen in einer öffentlichen Verſteigerung und von einem zu dieſem Verkehr befugten Gewerbsmann läßt ſich allerdings ein gemeinſames juriſtiſcher Motiv angeben. In beiden Fällen liegt eine, man kann ſagen öffentlich, dem ganzen Publicum, und daher auch dem Eigenthümer, dem ſeine Sache abhanden gekommen (Franken, Lehrb. S. 395), gemachte Offerte vor. Wer eine ſolche Offerte eben ſo offen, unbefangen und redlich angenommen, wer, wie es in dem Sachſenſpiegel (III, 7 §. 4) hieß, unverhohlen und unverſtohlen auf Grund derartiger Offerten etwas entgeltlich an ſich gebracht, dem ſoll ſein Handeln nicht zum Nachtheil gereichen, der ſoll in ſeinem Erwerbe geſchützt werden. Die Publicität der Erwerbung iſt es, welche ihren Schutz begründet. Zu dieſem Geſichtspunkt tritt bei der öffentlichen Verſteigerung noch hinzu der Umſtand, daß Offerte und Annahme unter den Augen, unter Hinzuthun öffentlicher Organe, erfolgt. Wer *dieſen* vertraut, ſoll in ſeinem Vertrauen nicht getäuſcht werden. Freilich iſt dieſer letzte Geſichtspunkt auf den *Kaufmann* und den Gewerbsmann, der zum Gewerbebetriebe keiner beſondern Conceſſion bedarf, nicht anwendbar. Immer bleibt aber noch der erſtere und dieſer reicht meines Erachtens hin, um überall, wo er zutrifft, den Schutz des redlichen Erwerbers zu rechtfertigen. Ich halte alſo — von

andern Gründen abgesehen — dafür, daß auch derjenige, der in offenem, der Ueberwachung durch die Gemeinde-Organe unterliegenden, durch die Marktordnung geregelten Marktverkehr von Urproducenten Urproducte, die in diesem Marktverkehr und von solchen Urproducenten feilgeboten zu werden pflegen, redlicher Weise gegen Entgelt an sich bringt, in seinem Erwerbe geschützt werden muß. Diese schon von Pratobevera (Mat. IV. S. 328, 330) gar nicht bezweifelte Ansicht wird meines Erachtens nicht widerlegt durch dasjenige, was in jüngster Zeit gegen sie vorgebracht wurde und auch nicht — wie gezeigt — durch die Berufung auf den Cod. Theres. Sie findet eine Stütze in der Berufung Zeillers auf das preuß. Landrecht, das den Kauf auf Messen und Märkten wie den Kauf von Leuten, welche Sachen dieser Art unter obrigkeitlicher Erlaubniß öffentlich feil haben, behandelt; ferner darin, daß der Kauf auf offenem Markte den obersten Typus des bona fide Verkehrs bildete (Franken S. 393), an ihn historisch überhaupt der öffentliche Erwerb sich ansetzte und erst zuletzt das Geschäftslocal genügte, um den öffentlichen Erwerb zu constituiren (Franken Fr. Pf.-R. S. 300), wie denn noch jetzt nach engl. R. in London als Marktort jeder Laden gilt, wo Waaren, mit denen der Verkäufer zu handeln pflegt, öffentlich zum Verkaufe ausgestellt werden.

Bevor wir den dritten Fall des §. 367 betrachten, mögen vorerst zwei andere Bestimmungen unseres b. G.-B. der Betrachtung unterzogen werden, u. z. 1. der Schlußsatz des §. 824: „Ein dritter redlicher Besitzer ist für die in der Zwischenzeit erworbenen Erbstücke Niemandem verantwortlich." Wenige Worte mögen die Entstehung desselben darlegen. Seinem Principe getreu und nur in Consequenz desselben schloß der Cod. Theres. (II, 21, 195) die Eigenthumsklage wider denjenigen aus, der von den vermeintlichen Erben

aus Macht Rechtens eine Sache eigenthümlich erworben, also nur beim Vorhandensein der oben dargestellten Erfordernisse; ebenso schloß der Cod. Theres. (II. 21, 46) einen Anspruch gegen jene aus, welche von demjenigen, dem ein Erbtheil oder das Vermögen eines für todt Erklärten zugesprochen wurde etwas „rechtmäßig — im Sinne des Cod. Theres. — an sich gebracht." Dasselbe bestimmt auch der Entw. Horten. Der Entwurf Martini, dessen §§. 95, 96 I. 5. H. die Grundlage der §§. 277, 78 bilden, enthielt nur für den Fall, daß der nach der rechtlichen Ordnung für todt erklärte wieder hervorkäme, die Bestimmung, daß ein dritter redlicher Besitzer wegen der inzwischen an ihn gekommenen Erbstücke keine Rede und Antwort mehr dafür zu geben schuldig ist." Der Urentwurf (I §. 264, 265) stimmt mit §. 277, 78 überein, und bestimmt im §. 639 für den Fall, daß ein gesetzmäßig für todt erklärter Erbe wieder erscheint, ganz dasselbe was der Schlußsatz des §. 824. Beide Entwürfe normiren also nur einen speciellen freilich in beiden verschiedenen Fall und gehen — merkwürdig — weit über den Cod. Theres. und den Entwurf Hortens hinaus. Erst bei der Berathung des b. G.-B. (Prot. II. S. 294) wurde der Schlußsatz des §. 824 — ohne Debatte — in seine gegenwärtige Verbindung gebracht. Betreffs der Anwendbarkeit desselben auf den Erwerb von demjenigen, der eine Erbschaft auf Grund einer gerichtlichen Todeserklärung in Besitz genommen, falls der für todt erklärte wieder zurückkehrt, wurde aber nichts bestimmt. Allerdings bemerkte der Referent, daß für die Einschaltung des §. 639 bereits an dem zukommenden Ort gesorgt worden sei. Soweit es sich um die vorliegende Frage handelt, ist das nicht richtig. da §. 265 I Urentwurf wörtlich mit §. 278 übereinstimmt und eine Bestimmung über den Schutz des redlichen Dritten gegen die Eigenthumsklage des

irrthümlich für todt erklärten nicht enthält (vgl. P. I. S. 211, II. S. 364). Betrachten wir nun den Schlußsatz des §. 824. Umfang und Tragweite dieser Bestimmung sind bekannt. Sie besagt: Jedem Dritten gegenüber, der den wahren Sachverhalt nicht kennt, gilt der durch die gerichtliche Einantwortungsurkunde Legitimirte als der wahre Erbe. Rechtshandlungen, die vom oder gegen den wahren Erben vorgenommen, giltig und wirksam wären, sind zu Gunsten des bona fide Handelnden giltig und wirksam, wenn sie vom oder gegen den vermeintlichen durch die gerichtliche Einantwortungsurkunde Legitimirten vorgenommen werden. Welches ist die ratio dieser Bestimmung? Zweifellos die auctriotas judicii — das Vertrauen in die gerichtliche Anerkennung als Erbe soll geschützt werden. Allein zu den sonstigen Bestimmungen unseres b. G.-B. über den Schutz des redlichen Erwerbers paßt diese Norm nicht. Sie geht viel zu weit, weiter sogar als der Cod. Theres., da sie auch denjenigen schützt, der durch eine unentgeltliche Verfügung des vermeintlichen Erben oder sogar wider dessen Willen im Executionswege Rechte an Verlassenschaftssachen erworben. Trotzdem müssen wir sie auch im Falle des §. 278 gegen den irrthümlich für todt erklärten Eigenthümer anwenden. Ob aber auch für den Fall, wenn der Erbe, dem gemäß §. 810 die Besorgung und Verwaltung des Nachlasses eingeräumt worden, vor der Einantwortung an ihn eigenmächtig Verlassenschaftssachen veräußert und in der Folge zur Herausgabe der Erbschaft verurtheilt wird? M. E. ist zu unterscheiden, ob ihm der Nachlaß als vermeintlichen Erben eingeantwortet, oder ob die Verlassenschaftsabhandlung mit dem siegreichen Kläger im Erbrechtsstritte abgehandelt wurde, so daß im ersten Falle die Frage zu bejahen, im zweiten zu verneinen wäre. Wie verhält es sich ferner, wenn das Gericht gemäß §. 145 V. a. St. dem Erben, dessen unbeschränktes

und ausschließendes Erbrecht klar erwiesen ist, den rechtlichen Besitz einzelner zur Verlassenschaft gehöriger Capitalien und beweglicher Sachen eingeräumt und die außergerichtliche Veräußerung derselben gestattet hatte, in der Folge aber dennoch derselbe sich nur als vermeintlicher Erbe erwiesen hätte? Wird auch in diesem Falle der dritte redliche Erwerber geschützt? Liegt die ratio des Schlußsatzes des §. 824 dort, wo wir sie zu finden glaubten, so muß die Frage bejaht werden u. z. ohne Unterschied, ob die gerichtlich gestattete Veräußerung vor oder nach der Einantwortung der Erbschaft an den vermeintlichen Erben erfolgt war. — Bemerkt muß werden, daß schon ältere österreichische Schriftsteller die Bestimmung des Schlußsatzes des §. 824 mit §. 367 in Verbindung brachten, aber in der Einantwortung der Erbschaft ein Anvertrauen derselben erblickten — ein Gesichtspunkt, der freilich nicht paßt und dem §. 824 eine viel engere Bedeutung beilegt, als ihm zukommt. — Die zweite Bestimmung unseres b. G.-B. die wir vorerst noch betrachten wollen, ist die des §. 468. Ihr gemäß soll die zeitliche Beschränkung des Eigenthumsrechtes des Pfandgebers Wirksamkeit gegen den Pfandgläubiger nur dann haben, wenn dieser Umstand dem Gläubiger bekannt war, oder aus den öffentlichen Büchern bekannt sein konnte. Mit dieser Bestimmung wird regelmäßig die des §. 527 b. G.-B. zusammengestellt. Allein während zweifellos §. 468 auch den redlichen Faustpfandgläubiger gegen die zeitliche Beschränkung des Rechtes des Pfandgebers schützt, ist es m. E. mindestens zu bezweifeln, ob wir §. 527 auch auf Servituten an beweglichen Sachen, nämlich usus oder usus fructus beziehen dürfen. Die Fassung des §. 527 weicht von der des §. 468 ab. Letzterer stellt das Bekanntsein und aus den öffentlichen Büchern bekanntsein können einander gleich. Ersterer lautet: Hat das blos zeitliche Recht

desjenigen, der die Servitut bestellt hat oder die Zeit, auf welche sie beschränkt worden ist, dem Servitutsinhaber aus öffentlichen Büchern oder auf eine andere Art bekannt sein können; so hört nach Verlauf dieser Zeit die Servitut von selbst auf." Daß diese Fassung eine eigenthümliche, mit den sonstigen Bestimmungen des b. G.-B. nicht übereinstimmende sei, wurde schon von Winiwarter bemerkt. Erwägt man außerdem, daß die Vorarbeiten zum b. G.-B. — ähnlich wie jetzt der deutsche Entwurf, soweit es sich nicht um verbrauchbare Sachen handelt — denjenigen der bona fide eine Servitut an beweglichen Sachen erworbeu, gegen den Mangel oder gegen Beschränkungen in dem Rechte des Bestellers derselben nicht schützten; daß jene Gründe, welche für den Schutz des redlichen Pfandgläubigers sprechen, hier nicht zutreffen, da die Bestellung eines usus oder usus fructus nicht ein Verkehrsgeschäft ist; daß, wenn der redliche Erwerber einer Servitut an beweglichen Sachen gegen die Beschränkung des Rechtes seines Vormannes geschützt sein sollte, nicht gut abzusehen ist, weshalb eine dem §. 456 b. G.-B. entsprechende Bestimmung zum Schutze des redlichen Erwerbers einer Servitut gegen den Mangel des Rechtes in der Person des Vormannes fehlt, da man wohl aus dem Schutze gegen den Mangel auf den gegen Beschränkungen des Rechtes des Vormannes, nicht aber umgekehrt schließen darf; endlich, daß der Schutz des Erwerbers einer Servitut in das fremde Eigenthum viel tiefer eingreift als der des redlichen Pfandgläubigers, da das gegen den letzteren zustehende Einlösungsrecht hier fehlt; so dürfte der Schluß nicht allzugewagt erscheinen, daß §. 527, wenn nicht nur auf Grunddienstbarkeiten jedenfalls nur auf Dienstbarkeiten an unbeweglichen Sachen beschränkt werden muß. Auf Grunddienstbarkeiten allein passen die Worte: „oder die Zeit, auf welche sie, nämlich die Servitut beschränkt worden ist", da der usus fructus jedenfalls auch wenn

der Berechtigte vor Ablauf der Zeit, für welche der usus fructus eingeräumt war, stirbt, mit dem Tode des Berechtigten erlischt. (Vgl. E. 6027). Ist die vorstehende Ausführung richtig, so wird man wohl gegen Exner u. A. behaupten dürfen, daß auch vom Standpunkte unseres b. G.-B. den Erwerber einer Servitut an beweglichen Sachen seine bona fides gegen den Mangel oder gegen Beschränkungen des Rechtes in der Person des Bestellers nicht schützt. Kehren wir nun zu der Bestimmung des §. 468 b. G.-B. zurück. Der Wortlaut und die Provenienz derselben ergeben, daß sie zwar nicht auf das genommene, d. i. das im Executionswege erworbene Pfandrecht; anderseits aber nicht blos auf das freiwillig bestellte sondern per arg. a majori ad minus (aus §. 1101) auch auf das gesetzliche Pfandrecht des Vermiethers oder Verpächters Anwendung finde. So viel wird ferner nicht zu bezweifeln sein, daß wie gegen die zeitliche Beschränkung auch gegen die aus einer Resolutiv-Bedingung sich ergebende der Schutz zu gewähren ist. (So schon Zeiller.) Die Richtigkeit dieser Behauptung ergibt sich aus der einfachen Erwägung, daß einerseits ein dies ad quem, von dem es zweifelhaft ist, ob er kommen wird, in unserem Rechte stets wie eine Resolutiv-Bedingung behandelt wird, andererseits daß für die große Regel mit der Resolutiv-Bedingung, jedenfalls bei dinglichen Rechten und Rechtsverhältnissen, ein dies ad quem concurrirt, endlich, was wohl zu beachten, daß für den Schutz, den §. 468 gewährt, lediglich und allein die bona fides des Erwerbers constitatives Element ist . . Dürfen wir weiter gehen? Jedes Pfandrecht gewährt dem Pfandgläubiger das Recht, das Eigenthum dem Pfandschuldner zu entziehen. Jedes Pfandrecht setzt dem Eigenthum des Pfandschuldners potentiell einen Endtermin, macht das Eigenthum des Pfandschuldners zu einem bezüglich seines Fortbestandes von einem bestimmten Verhalten des Schuldners und des Gläubigers bedingten.

Dürfen wir nun aus §. 468 den Schluß ziehen, daß zum Nachtheil des redlichen Pfandnehmers ein an der Sache bestehendes Pfandrecht nicht geltend gemacht werden kann, ohne Unterschied, ob das letztere durch Vertrag, richterlichen Ausspruch oder Gesetz entstanden ist, so daß wir zu dem Satze gelangen würden: Kein an der Sache bestehender, die Sache dinglich behaftender Anspruch, dessen Geltendmachung das Recht des Eigenthümers zur Erlöschung bringen würde, kann zum Nachtheil des redlichen Erwerbers eines vertragsmäßigen (und kraft positiver Vorschrift des §. 1101, eines gesetzlichen) Pfandrechtes geltend gemacht werden? Allerdings ergibt sich dieser Rechtssatz — wie auch der oberste Gerichtshof (Entsch. Jud. B. N. 103) anerkannt, und wie noch ausgeführt werden wird als eine Consequenz des im §. 456 dem redlichen Faustpfandgläubiger gewährten Schutzes, richtiger der dem §. 367, 3 und 456 zu Grunde liegenden ratio, weshalb dasselbe, was vom fremden Eigenthum auch von einem sonstigen dinglichen Rechte eines Dritten zu gelten hat, so daß die Frage nach der Zulässigkeit der ausdehnenden Interpretation des §. 468 keine praktische Bedeutung zu haben scheint. Allein es ist wohl zu beachten, und so viel ich weiß, stets übersehen worden, daß der durch §. 468 dem Pfandgläubiger gewährte Schutz weiter reicht, als der im §. 456 gegen dem Mangel des Eigenthums in der Person des Verpfänders. Darin allerdings herrscht Uebereinstimmung, daß beide Bestimmungen nur den Fall der Verpfändung betreffen. Allein während §. 456 den Schutz des redlichen Pfandnehmers an die Voraussetzungen des §. 367 knüpft, ist im §. 468 ein Hinweis auf §. 367 nicht enthalten, m. a. W: Der Schutz des §. 468 ist nicht beschränkt auf den Fall des entgeltlichen Erwerbs des Pfandrechtes (vgl. dazu Schrutka in Grünhuts Ztschft. XII. S. 728 und die dort cit.), nicht beschränkt auf den Fall, daß die Sache von einem zu diesem Verkehr

befugten Gewerbsmann verpfändet wurde, oder daß sie mit Willen desjenigen, zu dessen Gunsten die zeitliche oder sonstige Beschränkung des Eigenthums des Verpfänders besteht, in die Gewahrsame des Verpfänders gelangte oder in derselben geblieben war. (And. wohl Zeiller II. S. 282). Anders ausgedrückt: Für den Schutz, den §. 468 gewährt, ist stets und allein maßgebend das Verhalten desjenigen, der *erwerben*, nicht aber desjenigen, auf dessen Kosten er erwerben soll, so, daß das a. b. G.-B. im §. 468 in einer Beziehung auf dem Standpunkte des Cod. Theres. steht, in einer andern über ihn hinausgeht, jedenfalls aber einen anderen als den im §. 367 und 456 festgehaltenen eingenommen hat. Demnach ist wohl die praktische Bedeutung unserer Frage zweifellos. Dürften wir *sie* bejahen, so dürften wir auch den letzten Schritt thun und dasselbe, was sich für die Bestellung eines Pfandrechtes an der Pfandsache durch den Pfandschuldner ergäbe, auch behaupten für den Fall der Uebertragung des Eigenthums an einem Pfandobjecte durch den Pfandschuldner, so daß der redliche Erwerber der Sache pfandfreies Eigenthum erwerben würde ohne Rücksicht darauf, ob die Pfandsache mit oder ohne Willen des Pfandgläubigers in die Gewahrsame des Pfandschuldners zurückgelangte — ganz wie es der Codex Theres. bestimmte. Allein, ich wage weder die eben aufgeworfene Frage zu bejahen, d. h. die Bestimmung des §. 468 b. G.-B. auch auf ein bereits an der neuerlich vom Pfandschuldner verpfändeten Sache bestehendes Pfandrecht anzuwenden, noch auch natürlich die Consequenz auf die Uebertragung des Eigenthums an der Pfandsache durch den Pfandschuldner, in dessen Gewahrsam sie ohne Willen des Pfandgläubigers wieder gelangt war, zu ziehen. — Meine Gründe sind folgende: einmal der Umstand, daß die spätere österr. Gesetzgebung (Verordg. vom 28. Oct. 1865 N. 110, Ges. vom 23. März 1885, N. 48) jene Rechtssätze, die ich — hypothetisch aus §. 468

abgeleitet — zu Gunsten bestimmter Creditinstitute bez. der Inhaber concessionirter Pfandleihgewerbe als Privilegien, als jus singulare ausgesprochen. Allerdings haben die letzterwähnten Normen eine viel umfassendere Tragweite, da sie auch auf gestohlene und verlorene Sachen anwendbar sind, indem sie nur, wie es schon in manchen älteren Rechten zu Gunsten öffentlicher Leihhäuser und der Lombarden geschehen (Goldschmidt VIII. S. 263, 277 Note a — über holländisches Recht, Voet. Commentar VI., lib. 1 n. 7) das sog. Judenrecht zu Gunsten gewisser Creditinstitute und der Inhaber concessionirter Pfandleihgewerbe wieder einführen; so daß aus ihnen kein Argument gegen die allgemeine Geltung der fraglichen Rechtssätze entnommen werden könnte. Allein aus systematischen Gründen, mit Rücksicht auf die dem dritten Fall des §. 367 b. G.-B. und der entsprechenden Bestimmung des §. 456 zu Grunde liegenden ratio; ferner mit Rücksicht darauf, daß die Bestimmung des §. 468, wie oben gezeigt, zwar vom Standpunkte des Cod. Theres., aus dem sie zweifellos herübergenommen wurde, consequent war, nicht aber vom Standpunkte unseres b. G.-B., ist zu behaupten, daß ein bestehendes Pfandrecht zum Nachtheil eines redlichen Erwerbers der Sache oder eines vertragsmäßigen (bez. des im §. 1101 eingeräumten gesetzlichen) Pfandrechts an derselben nur, wenn die Voraussetzungen des §. 367 bez. 456 vorliegen, nicht geltend gemacht werden kann. Dieser Ansicht war auch Zeiller, der (in seinem Com. II. ad §. 466) mit dem Worte „zufällig" (S. 279 vgl. auch S. 281) darauf hinweist.

Damit gelange ich zu dem dritten im §. 367 normirten, interessantesten Fall: „Die Eigenthumsklage findet gegen den redlichen Besitzer einer beweglichen Sache nicht statt, wenn er beweist, daß er diese Sache gegen Entgelt von jemandem an sich gebracht hat, dem sie der Kläger selbst zum Gebrauche, zur Verwahrung oder in was immer für einer anderen

Absicht anvertraut hatte.“ Daß und inwiefern auf die Worte „der Kläger“ und „der Kläger selbst“ kein entscheidendes Gewicht zu legen sei, ist bereits von Anderen ausgeführt worden. Auch die Bedeutung der Worte „an sich gebracht hat“ kann, wenn man den Sprachgebrauch des allg. b. G.-B. (§. 368, 1088, 417, 661, 929, 1476 — etwas abweichend §. 1500) beachtet, kaum zweifelhaft sein; so daß die darüber in früherer Zeit (Wildner, Jurist VI, S. 470) aufgestellte, neuerdings (von Schrutka, Grünhuts Ztschft. XII, S. 729) wieder aufgenommene Ansicht wohl nicht richtig ist (vgl. schon Turnes, Jurist XI, S. 447 f.). Beachtenswerth ist ferner, daß schon im Entwurfe Martini das „Anvertrauen zur Verwahrung“ ausdrücklich dem „zum Gebrauche“ gleichgestellt erscheint, wohl, um die in älterer und auch in neuerer Zeit noch vertretene, auch durch einzelne Statuten sanctionirte Meinung, daß derjenige, der eine fremde bewegliche Sache von einem Depositar redlich und entgeltlich erworben, gegen die Eigenthumsklage nicht geschützt werde, für das österr. Recht nicht aufkommen zu lassen. (Ueber Veräußerung durch den Verkaufs-Commissionär vgl. §. 1088 b. G.-B.)

Aus den Berathungs-Protokollen sei hier, weil in mehrfacher Beziehung von Interesse, folgendes mitgetheilt. Schon im Urentwurfe II, §. 92 lautete, bis auf die Worte „gegen Entgelt“ die fragliche Bestimmung ganz wie im §. 367 b. G.-B. Von dem innerösterreichischen Appellationsgerichte waren (zu §. 92, II Urentwurf = §. 367) zwei Erinnerungen gemacht worden, von denen hier nur die 1. interessirt, nämlich, „daß selbes den dritten im §. 92 enthaltenen Fall zu hart finde, da jederman sein Eigenthum dem Gesinde, Arbeitern oder Handwerkern anvertrauen müsse.“ Dazu bemerkte Zeiller: „Auf diese Erinnerung nehme er kein Bedacht, denn der Paragraph handle von Fällen, wo der Eigenthümer seine Sache

gewissen Personen eigens anvertraut hat, wo ihm also der möglichen Auswahl wegen mehr Schuld beigemessen werden könnte, als dem Dritten, der sich redlicher Weise mit einer solchen Person in einen Verkehr einließ. Vorzüglich aber werde dem Besorgniß, das aus diesem Paragraph für die Sicherheit des Eigenthums entstehen könnte, durch den nächstfolgenden Paragraph vorgebeugt. Diese letzte Bemerkung war es, welche das Präsidium und die mehreren Stimmen, die, wenn der dritte Fall, so wie er hier vorkommt, ohne Beschränkung und Erläuterung aufgestellt bliebe, die von der Ländercommission gemachte Einwendung allerdings gegründet fänden, bewog dem Antrage des Referenten beizustimmen." Diese Erinnerung und die an sie sich knüpfenden Bemerkungen waren die Veranlassung, daß im folgenden Paragraphe „zur mehreren Sicherheit des Eigenthums" die Worte „aus dessen — nämlich des Vormannes — Gewerbe oder anderen Verhältnissen" eingeschaltet wurden. Daraus ergibt sich zunächst der Grund, aus welchem Zeiller in Uebereinstimmung mit den oben angeführten Ansichten älterer Schriftsteller, diese Bestimmung begründen zu können glaubte — davon später! Allein was bedeuten die Worte „eigens anvertraut hat?" Daß dem Dienstgesinde, den Arbeitern die man dingt, aufnimmt, Sachen nicht im Sinne des §. 367 anvertraut werden, ergibt sich zweifellos aus dem ältern Rechte und dem Begriffe des Anvertrauens. Werden aber auch Handwerkern Sachen nicht anvertraut? Zwar nach manchen ältern Rechten schützte den redlichen Erwerber das Ansichbringen von Handwerkern nicht. Er mußte die Sache dem Eigenthümer zurückstellen und konnte höchstens dasjenige fordern, was der Eigenthümer dem Handwerker als Lohn schuldete. Das a. b. G.-B. hat diesen Rechtssatz nicht recipirt. Wird nun aber derjenige, der redlicher Weise und gegen Entgelt eine

einem Handwerker zur Reparatur übergebene Sache an sich gebracht, nicht Eigenthümer? Welche Bedeutung hat es nun, daß Zeiller für die Anwendbarkeit der Bestimmung des § 367 fordert, daß man die Sache „eigens anvertraut" haben müsse? Soll damit gesagt sein, daß der Grund der Uebertragung der Gewahrsame einzig und allein im „Anvertrauen", „Creditiren" gelegen sein müsse, damit der redliche Erwerber geschützt werde? Diese Auffassung wäre zweifellos nicht richtig, denn sie müßte dazu führen, auch denjenigen, der eine fremde bewegliche Sache redlich und gegen Entgelt vom Pfandgläubiger an sich gebracht, nicht zu schützen. Denn dem Pfandgläubiger wird die Sache gewiß nicht „eigens anvertraut" und „von einer Schuld des Eigenthümers wegen der möglichen Auswahl" ist betreffs eines Pfandgläubigers ganz gewiß nicht oft die Rede. Meines Erachtens will Zeiller nur sagen, und stimmt darin merkwürdig mit dem ältern deutschen und unserem älteren Prager Stadtrechte überein, daß dem Gesinde, den Arbeitern, die man dingt, nicht Sachen in dem Sinne anvertraut werden, daß *ihnen* die ausschließliche Gewahrsame derselben übergeben wird; daß die Sachen nicht aus der Gewere des Herrn, vielmehr sie selbst in die Gewere des Herrn der Sache kommen. Bezüglich der Handwerker liegt aber die Correctur des §. 367 in §. 368 b. G.-B. Von noch größerer Bedeutung ist aber die Frage nach der ratio dieser Bestimmung des §. 367. Sowohl von älteren als auch von neuren gemeinrechtlichen und österreichischen Schriftstellern und von Zeiller, von dem letzteren nicht nur in seinem Commentar, sondern auch bei der Berathung des a. b. G.-B. wird hier mit dem Gesichtspunkte des Verschuldens operirt. Es soll ein Verschulden, eine schuldbare Unvorsichtigkeit (Harum Haim. Mag. X. S. 215) des Eigenthümers darin liegen, daß er in der Auswahl seines Vertrauensmanns nicht vorsichtiger war, daher der Grundsatz, daß der Schuldige den Schaden vor dem Schuld-

losen tragen soll, zur Anwendung kommen. Und nicht anders lautet die Begründung in den Motiven zum b. G.-B. für das deutsche Reich III. S. 344: „An dem Irrthum des Erwerbers über das Eigenthum des Veräußeres trägt der Eigenthümer in der Regel im höheren Grade die Schuld als der Erwerber, deshalb ist der Billigkeit mehr entsprechend den Nachtheil von dem Ersteren tragen zu lassen." (Vgl. übrigens auch Gierke, S. 341). Nun ist es richtig und oft wiederholt, daß wie zuweilen der Ausdruck culpa so auch in unserem Rechte der Ausdruck „Schuld" im rein objektiven Sinne genommen wird, in dem Sinne von kausal sein, sich selbst zuzuschreiben haben. (§. 876, 1026.) Aber trotzdem kann hierin die ratio dieser Bestimmung nicht gefunden werden. Man denke an folgenden Fall: A deponirt bei B seine Sache; nach dem Tode des B wird dessen Erbschaft dem vermeintlichen Erben C eingeantwortet, von diesem die deponirte Sache bona oder mala fide an einen Dritten, der beim Erwerbe derselben bona fide ist, verkauft, verschenkt oder verpfändet. Kann hier der Erwerb des Dritten auf ein Verschulden des A zurückgeführt werden — mag man das Verschulden noch so sehr verflüchtigen? Soll auch A es sich zuschreiben müssen, daß das Gericht irrig die Erbschaft des B einem vermeintlichen Erben z. B. auf Grund eines gefälschten Testamentes eingeantwortet? Allein, auch abgesehen davon, paßt der Gesichtspunkt des Verschuldens, richtiger der Satz: quod quis u. s. w. ganz und gar nicht hieher. Die Anwendung dieses Satzes setzt voraus, daß Ersatz eines selbstverschuldeten Schadens von einem Dritten gefordert wird. Er besagt: „man soll nicht berechtigt sein, von einem Dritten den Ersatz für etwas selbst verschuldetes zu begehren." (Wendt in Iherings Jahrb. XXXI, 138.) Darum, um Schadenersatz, um den specifischen Inhalt des Schadenbegriffes, um Schadenverfolgung im Gegensatze zur Rechtsverfolgung, handelt es sich aber in unserem Falle gar nicht.

Nicht die Schaden-, sondern die Eigenthumsverfolgung wird dem Eigenthümer abgeschnitten. Und noch eins: Wo der Gesichtspunkt des eigenen Verschuldens Platz greift, handelt es sich um einen Schaden, der durch ein nicht zu billigendes Verhalten des Beschädigten allein oder mit herbeigeführt wurde. Ist nun wirklich: commodare, deponere, locare, pignori inspiciendum vendendum dare also der ganze Verkehr, die Güterbewegung etwas nicht zu billigendes? Das Commodare, die Uebung einer Liebespflicht soll, wenn der Commodatar treulos ist, auf gleicher Stufe stehen mit einer selbst verschuldeten Schlägerei? (l. 52 §. 1 D. 9, 2.) Dazu kommt folgendes: Wo es sich um die Anwendung des vorstehend citirten Satzes handelt, liegt die Sache so: Ein Schaden ist entstanden, eine Vermögensverminderung hat stattgefunden. Das Gesetz *versagt* nur die Möglichkeit, diesen Schaden von sich abzuwälzen, den vorigen Vermögensstand auf fremde Kosten wieder herzustellen. Hier *entsteht* nicht der Schaden durch die gesetzliche Vorschrift, sondern kausal für den *Eintritt* des Schadens ist das Verhalten des Beschädigten. Das Gesetz gibt nur kein Mittel zur Beseitigung des Schadens. Anders in unserem Falle. Ist der Verlust des Eigenthums auch ein Schaden für den bisherigen Eigenthümer, so ist dieser Verlust nicht durch das Verhalten des Eigenthümers, sondern durch die Erwerbung des Eigenthums seitens des redlichen Besitzers *herbeigeführt*. Eigenthümer ist aber der redliche Besitzer nur aus Macht, Kraft Rechtens, durch das Gesetz und auf Grund des Gesetzes geworden. Der Eigenthumsverlust ist also nicht Folge des Verhaltens des bisherigen Eigenthümers, sondern des *Gesetzes*. Zwischen dem Eigenthumserwerbe des Dritten und dem Verhalten des Eigenthümers fehlt hier der Causalnexus. Hier ist der *Eigenthumserwerb* das Prius, der Verlust des Eigenthumes die Consequenz. Das *Gesetz stiftet*, wenn ich so sagen darf, erst durch

seine Bestimmung den Schaden. Wie kann also Verschulden des Eigenthümers als die ratio angesehen werden?

Eine andere, scheinbar tiefer greifende, übrigens auch schon bei Zeiller angedeutete Ansicht findet für unseren Rechtssatz die ratio in dem das Immobiliar- wie das Mobiliarsachenrecht beherrschenden Publicitätsprincipe. Auch das moderne, hierin deutscher Rechtsanschauung folgende Mobiliarsachenrecht beruht auf dem Principe der Sichtbarkeit, Erkennbarkeit der dinglichen Rechte und der Rechtsverhältnisse an beweglichen Sachen. Die Publicität ist hier das Haben in der Gewere, die Inhabung der beweglichen Sache, die Gewere. Zeiller drückt diesen Gedanken wiederholt, freilich nicht immer zutreffend aus. „Derjenige, welcher eine Sache besitzt, hat aus dem, was gewöhnlich der Fall ist, die Vermuthung für sich, daß er Eigenthümer sei (§. 360) oder wenigstens, daß ihm, was der Wirkung nach gleich gilt (§. 367), die Sache von dem Eigenthümer anvertraut wurde." Nun hat Zeiller wohl nicht genügend bedacht, daß die „Vermuthung", der Eigenthümer habe die Sache dem Besitzer anvertraut, gerade zum entgegengesetzten Resultate als dem von ihm an diese Vermuthung geknüpften führen würde. Allein wiederholt hebt Zeiller rühmend hervor, daß nach österreichischem Rechte von jeher eine gewisse Erkennbarkeit der dinglichen Rechte gefordert wurde. Rücksichtlich unbeweglicher Sachen sei dieses Postulat verwirklicht durch das Institut der öffentlichen Bücher, rücksichtlich beweglicher durch das Erforderniß der Uebergabe, der Inhabung der Sache durch den Berechtigten. Und auch in den Motiven zum deutschen Entwurfe (III, 344) kehrt dieser Gedanke wieder, „bei beweglichen Sachen bildet an Stelle des Grundbuches die Inhabung und der Besitz des Veräußerers die Grundlage des zu schützenden Vertrauens."

Nun ist es nicht zu bezweifeln, daß in unserem Rechte dieser Rechtsgedanke: Publicität der dinglichen Rechtsverhältnisse einen klaren Ausdruck gefunden (vgl. §. 427 in f., §. 452), wenn auch zwei Erscheinungen in demselben damit nicht harmoniren: constitutum possessorium und das executive Pfandrecht. Betreffend das erstere, so halte ich nebenbei bemerkt, die vom Obersten Gerichtshofe wiederholt geäußerte Ansicht, das constitutum possessorium erfordere, daß der Besitzer auf eine auch Dritten erkennbare Art seinen Willen an den Tag lege, die Sache Namens des Uebernehmers künftig innezuhaben, doch trotz der gegen sie erhobenen Einwürfe für richtig. Hingegen fällt die Erwerbung des executiven Pfandrechtes ohne jede Bezeichnung der Sache, ohne jede Veränderung ihres örtlichen Verhältnisses zum Executen aus dem Rahmen unseres Mobiliarsachenrechtes hinaus. Sie führt, man kann das Verhältniß des Executen zu dem in seiner Verwahrung verbleibenden, in Execution gezogenen Objecte construiren wie man will, man mag den Rechtssatz aufstellen: die Objecte erscheinen als ihm anvertraut, denn doch zu einer Hypothek an Mobilien. Kein Wunder, daß der Cod. Theres. auch zur Erwerbung des executiven Pfandrechtes an Mobilien wie unser älteres Recht (Exec.-Ordg. vom 29. Juli 1655, III. Titel, §. 7) die gerichtliche Beschlagnahme oder Uebergabe an den Gläubiger mit Einwilligung des Schuldners fordert. Kein Wunder, daß ein älterer österreichischer Schriftsteller soweit ging zu behaupten, daß die Bestimmungen der a. G.-O. über die Erwerbung des executiven Pfandrechtes durch das a. b. G.-B. beseitigt seien. Allein sehen wir auch von diesen Ausnahmen von dem sog. Principe der Publicität der dinglichen Rechte an Mobilien ab, so müssen wir doch behaupten, daß die Parallele zwischen dem Eingetragensein im öffentlichen Buche und der Thatsache der Inhabung, des Besitzes

nicht paßt. Man könnte in dem Besitze des Veräußerers die ratio dieser Bestimmung nur finden vom Standpunkte eines Rechtes, das, wie das französische für Mobilien den Grundsatz aufstellt, la possession vaut titre. Nach unserem Rechte ist aber die causa, das juristische Motiv des Eigenthumserwerbs nicht das Haben, das Besitzen des Veräußerers und die dadurch begründete Vermuthung des Zusammenfallens von thatsächlichem Verhältnisse und Recht in seiner Person, sondern das Verhalten des Eigenthümers, der durch oder mit seinem Willen herbeigeführte oder belassene Zustand, der es einem Nichtberechtigten ermöglicht, über die Sache zu verfügen. Dazu kommt ein Zweites: Man übersieht nur zu leicht, theilweise irre geführt durch die Auffassung der Verfasser des b. G.-B. (Ueberschrift zu §. 431), daß Uebergabe und Eintragung in die öffentlichen Bücher, Uebertragung des Eigenthums an Mobilien und Immobilien begrifflich ganz verschiedene Institute sind. Es klingt paradox, bleibt aber doch wahr: Der Einzelne kann an Immobilien Eigenthum und dingliche Rechte nicht verschaffen, oder anders ausgedrückt: Der Wille des Einzelnen hat gar nicht die Macht, jenen Thatbestand zu setzen, an den das positive Recht die Erwerbung von Eigenthum und dinglichen Rechten an Immobilien knüpft. Eigenthum und dingliche Rechte an Immobilien können nur durch richterlichen Act, durch einen Act, durch Vermittlung einer staatlichen Behörde gewährt, verschafft werden, oder da die Behörde Vertreterin des Staates ist, durch den *Staat*, nämlich durch die Bewilligung und den Vollzug der Eintragung in die öffentlichen Bücher durch staatliche Organe. Diese wesentliche Verschiedenheit der *Entstehung* beider Verhältnisse: des Besitzes, der Inhabung an *Mobilien* und des Eingetragenseins in die öffentlichen Bücher verbietet es meines Erachtens beide in Parallele zu setzen, aus dem was bei dem einen Verhältnisse Recht ist, aus den Consequenzen des einen Ver-

hältnisses Schlüsse auf das andere zu ziehen. So erübrigt denn nur, die ratio unsers Rechtssatzes wo anders, in einem höhern Principe zu suchen. Um dieses zu finden, fragen wir: Ist unser Rechtssatz in unserem Rechte vereinzelt? Zwar auf §. 456, 468 und 527 — auf die beiden letzteren meines Erachtens mit Unrecht — hat man schon wiederholt hingewiesen. Allein dabei dürfen wir nicht stehen bleiben. Wie in unserm Rechte dingliche und persönliche Sachenrechte unter dem höheren gemeinsamen Begriff des Sachenrechtes zusammengefaßt erscheinen, so dürfen wir manche Rechtssätze, die dem Gebiete des persönlichen Sachenrechtes angehören, mit um so größerer Berechtigung dazu verwenden, um auch ein für das dingliche Sachenrecht geltendes Princip zu abstrahiren als unser Recht — wenn auch deshalb getadelt — den Begriff des redlichen Besitzes wiederholt auch für obligatorische Rechtsverhältnisse und Rechtsinstitute verwendet. Und meines Erachtens mit Recht. Der Begriff der fides ist ein höherer. Er gehört dem dinglichen Sachenrechte so gut wie dem persönlichen an und kömmt auch auf dem Gebiete des letzteren zur Anwendung. Ich denke, worauf übrigens schon von Ofner verwiesen wurde, an §. 876, aber auch an §. 1017[3], §. 1026 und 1152. Fragen wir, was ist die ratio der Rechtssätze: Wer einen Thatbestand setzt, den der andere Theil für den Ausdruck eines rechtsgeschäftlichen Willens bona fide hält, und nach Lage der Umstände halten darf, soll das Nichtvorhandensein eines Willens wegen Irrthums zum Nachtheil des redlichen Mitcontrahenten nicht geltend machen dürfen. Wer einen andern durch eine offene — von ihm, was wohl zu beachten, wirklich herrührende — Vollmacht dritten gegenüber als seinen Bevollmächtigten legitimirt, soll nicht berechtigt sein, sich auf eine sie beschränkende, modificirende, dem Dritten unbekannt gebliebene, nicht zur Kenntnißnahme durch den Dritten bestimmte Instruction zu berufen (vgl. dazu

Hartmann Iherings Jahrb. XX, S. 5.) Wer eine Vollmacht ertheilt, soll das Erlöschen derselben dem redlichen Dritten gegenüber nicht geltend machen dürfen. Wer bei jemandem Dienste oder Arbeiten quae locari solent bestellt, soll sich nicht darauf berufen dürfen, daß er nicht die Absicht gehabt, einen entgeltlichen Vertrag zu schließen (vgl. Hartmann Civ. Arch. 72, S. 231 ff.). Was ist die ratio dieser Bestimmungen? Welches gemeinsame Band verknüpft sie mit der uns beschäftigenden? Meines Erachtens sind sie sämmtlich Ausdruck des unser Recht beherrschenden Vertrauensprincips. Das berechtigte objectiv begründete Vertrauen, die fides, worauf allein ein geordneter sicherer Verkehr beruhen kann, soll geschützt werden (vgl. dazu Hartmann S. 217 f.). Unser Recht stellt so oft — wenn auch unpassend — Gesetz und Vertrag als Rechtsgründe, causae acquirendi und obligandi neben einander. Vielleicht ist es nicht ungerechtfertigt, auch hier eine Parallele zu finden. Wie als Princip des §. 5 a. b. G.-B. aufgestellt wurde: Das berechtigte Vertrauen in die Gesetzgebung soll nicht getäuscht werden, so dürfen wir auch sagen: Das berechtigte Vertrauen in dasjenige, was als Ausdruck eines rechtgeschäftlichen oder unbeschränkten oder fortbestehenden rechtsgeschäftlichen Willens des Einzelnen erscheint, soll nicht getäuscht werden. Auf unsere Frage angewendet, lautet das Princip: Wer einen andern in ein Verhältniß zu einer beweglichen Sache setzt oder beläßt, das ihn als Herrn oder unbeschränkten Herrn derselben erscheinen läßt, soll jenem gegenüber, der im redlichen Verkehre ihn als solchen betrachtet und nach Lage der Verhältnisse betrachten durfte, den Mangel oder die Beschränkung des Rechtes desselben nicht geltend machen dürfen. Daraus folgt sofort: Unser Princip findet nur da Anwendung, wo aus einem äußerlichen, räumlichen Verhältnisse zu einer Sache ein Schluß

auf die Verfügungsberechtigung oder unbeschränkte Berechtigung zulässig ist. Eine Anwendung des §. 367 auf verbriefte oder nicht verbriefte Forderungen — soweit es sich nicht um Forderungen aus Werthpapieren handelt — ist daher unzulässig. Ferner unentgeltliche, lucrative Geschäfte sind nicht Verkehrsgeschäfte und meines Erachtens auch nicht die Bestellung einer Servitut an einer beweglichen Sache, die übrigens kaum jemals im Verkehre vorkommt. Ferner der Erwerb im Wege der Execution, d. h. ein Erwerb, dessen Rechtfertigungsgrund ausschließlich und allein der richterliche Ausspruch, nicht das Verhalten, eine Verfügung des andern Theils ist, mit anderen Worten: Das genommene Pfand darf nicht behandelt werden, wie das gesetzte, ein Satz, den Entstehungsgeschichte und Wortlaut des §. 456 ergibt und der sehr zu Unrecht von älteren österreichischen Schriftstellern bestritten und in einzelnen Entscheidungen des ob. G.-H. verletzt wurde. Andererseits folgt daraus, daß das richterliche Pfandrecht keinen weiter reichenden Schutz genießt, als das vertragsmäßige. Freilich könnte an der Richtigkeit gerade dieses Satzes gezweifelt werden, da die Art, wie das executive Pfandrecht erworben wird, in unser System des Mobiliarsachenrechtes nicht paßt. Allein, da dem Exequenten die Möglichkeit geboten ist, sein Pfand gegen die „Verkehrsschicksale" zu sichern, so darf man sagen: daß, wenn er von der ihm gebotenen Möglichkeit keinen Gebrauch macht, die Sache beim Executen, ohne äußere Kenntlichmachung der erfolgten Pfändung beläßt, er selbst die Sache in einem Verhältnisse belassen hat, welches den Executen als unbeschränkten Herrn derselben erscheinen läßt. Daß dieser Gesichtspunkt der richtige ist, ergibt die Vergleichung der Bestimmungen unseres b. G.-B. über die Verpfändung einer fremden Sache als eigene mit den Bestimmungen über das Subpignus. Wer ein Afterpfandrecht erwirbt, wird gegen

den Nichtbestand des Rechtes in der Person seines Auctors trotz bona fides nicht geschützt, wie im Cod. Theres. ausdrücklich hervorgehoben wird und aus §. 454 „insoweit er ein Recht darauf hat", sich ergibt. Mit Recht: Wer erklärt, daß die in seinem Besitze befindliche Sache ihm verpfändet, daß er nur Pfandgläubiger sei, erklärt selbst, daß er ein auf fremdem Rechte beruhendes, inhaltlich beschränktes, mannigfacher Modificationen fähiges und mannigfachen Erlöschungsgründen unterworfenes Recht habe. Hier ist Erkundigungspflicht, Nachforschung desjenigen, der darauf hin ein Recht erwerben soll, geradezu geboten, denn jenes Merkmal, das allein das Eigenthum charakterisirt: die Beziehungslosigkeit, die Selbstherrlichkeit des Rechtes fehlt hier. — Die Consequenzen unseres Princips für die Entscheidung der im Eingange dieser Auseinandersetzungen mitgetheilten Rechtsfälle ergeben sich von selbst. — Wir haben die ratio der §§. 367 und 456 in einem Verhalten, einer Handlung des Eigenthümers gefunden, die seine Sache in eine Lage brachte, welche sie als einem Dritten, dem Inhaber gehörig erscheinen ließ. Die Consequenz scheint es nun zu fordern, daß wenn die Uebertragung der Gewahrsame der Sache auf einem Irrthume, einer Verwechslung beruhte, oder eine erzwungene war — die Vindication derselben auch gegen einen dritten redlichen Erwerber zugelassen werden müßte. Thatsächlich ist dies u. z. auch für das österreichische Recht — von Goldschmidt — in Consequenz des dem Satze: Hand wahre Hand zu Grunde liegenden Principes behauptet worden. Dagegen wird von anderer Seite gelehrt, daß der Fall des Besitzverlustes durch wesentlichen Irrthum (Verwechslung) ebensowenig zu den Fällen des unfreiwilligen Besitzverlustes gehöre, wie der Verlust durch betrügerische Entlockung, da in jenem Falle doch nur durch den selbsteigenen Uebergabsact des Eigenthümers die Gewahrsame, ja nach österreichischem Recht unter Umständen

(§. 876) sogar Eigenthum auf den Empfänger übergehe. Ebenso soll im Falle des durch widerrechtliche Drohung erzwungenen Aufgebens der Gewahrsame „trotz des widerstrebenden Rechtsgefühles" die Vindication ausgeschlossen sein, zumal die Tradation nur relativ ungiltig ist. Dieselbe Frage kehrt bekanntlich bei Auslegung der Worte: „gestohlen oder verloren" in Art. 306 H. G. B. wieder. Hier ist streitig, ob der Erwerb des Eigenthums beziehungsweise Pfandrechtes nur bei unfreiwilligem oder bei jedem Aufgeben der Gewahrsame durch den Eigenthümer, also auch, wenn dieses erzwungen wurde oder auf wesentlichem Irrthum beruht, ausgeschlossen sei. — Zweifellos ist auch nach österreich. Rechte die Vindication ausgeschlossen, wenn dem Eigenthümer die Sache „zum Gebrauche, zur Verwahrung, oder in was immer für einer Absicht entlockt worden ist", sowie wenn das Anvertrauen auf einem Irrthum beruhte, das als Motivenirrthum im weitern Sinne bezeichnet werden kann. Sehr zweifelhaft ist hingegen die Beantwortung der Frage, wenn das Aufgeben oder das Belassen der Gewahrsame durch den Empfänger bez. Inhaber erzwungen wurde oder auf einer Personen- oder Sachenverwechslung beruhte. Geht man bei der Beantwortung dieser Frage davon aus, daß zum Thatbestande der Erwerbung des Eigenthumes auf Grund des §. 367 und dasselbe gilt von der Erwerbung des Pfandrechtes auf Grund des §. 456 — gefordert wird „daß der Eigenthümer seine Sache gewissen Personen eigens anvertraut hat, wo ihm also der möglichen Auswahl wegen mehr Schuld beigemessen werden könnte, als dem Dritten, der sich redlicher Weise mit einer solchen Person in einen Verkehr einließ;" so muß behauptet werden, daß wenn das Anvertrauen vom Vertrauensmanne erzwungen worden, die Eigenthumsverfolgung auch gegen den redlichen Dritten zulässig sei. Dagegen scheint nun aber allerdings zu sprechen die Behandlung des Zwanges im

österreichischen Recht. Nicht der Umstand, daß das erzwungene Geschäft relativ ungiltig ist, denn die Relativität betrifft nicht die Frage, gegen wen sondern von wem die Ungiltigkeit geltend gemacht werden kann. Man kann aber sagen: Kann der von einem Dritten ausgeübte Zwang nicht gegen den Vertragsgenossen, der ihn nicht kannte, geltend gemacht werden, so soll auch der vom Empfänger der Gewahrsame ausgeübte Zwang gegen den redlichen Dritten, der sich mit einer solchen Person in einen Verkehr einließ nicht geltend gemacht werden können. Allein meines Erachtens ist dieser Schluß nicht zuläßig, da nicht der Mitcontrahent, wohl aber der dritte Erwerber sein Recht auf eine Rechtshandlung mit dem Urheber des Zwanges stützt. Es geht nicht an, daß der dritte Erwerber zwar die äußere Erscheinung des „Anvertrauens" für sich geltend macht, die sie begleitenden Umstände aber, die Thatsache des vom „Vertrauensmann" ausgeübten Zwanges, der Erpressung ignorirt. Wird diese Thatsache bewiesen, so ist damit zugleich bewiesen, daß ein „Anvertrauen" nicht stattgefunden. — Wie aber bei unterlaufenen wesentlichen Irrthume, d. h. wenn eine Personen- oder Sachenverwechslung stattgefunden? Bekanntlich wird von sehr maßgebender Seite behauptet, daß Art. 306 H.-G.-B. auf Sachen, die durch wesentlichen Irrthum (Mißgriff, Verwechslung) der Gewahrsame ihres Eigenthümers oder dessen Vertreters entzogen sind, nicht anwendbar sei. Für das österreich. Recht muß doch wohl das Gegentheil gelten; mit anderen Worten auch, wenn beim Anvertrauen eine Personen- oder Sachenverwechslung stattgefunden (wenn ein Fall vorliegt, wie z. B. l. 52 §. 21 l. 67 §. 4 im Unterschied von l. 43 §. 3 D. 47, 2 ihn beschreibt) wird man die Erwerbung des Eigenthums durch den redlichen Dritten behaupten müssen. Dafür spricht vorerst die Praktikabilität des Rechtssatzes. Läßt man dem dritten redlichen Erwerber gegenüber den Beweis eines Irrthums bei dem

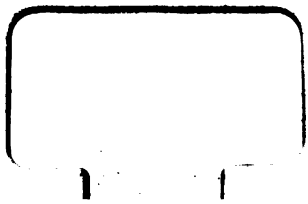
Anvertrauen zu, so kann man leicht den Rechtssatz, den § 367 3 bz. 456 aufstellt, illusorisch machen. Ferner spricht dafür nicht nur die Motivirung der Bestimmung des §. 367 b. G.-B. in den Protokollen, sondern meines Erachtens auch die ratio des §. 876 b. G.-B. „daß der Irrende die Folgen seiner Unwissenheit und seines unvorsichtigen Benehmens selbst trage" (Urentw. III. §. 21). Allerdings gelangen wir damit zu einer ungleichen Behandlung des Zwanges und des wesentlichen Irrthums, die sonst im b. G.-B. gleich behandelt werden, zu einem Resultate, das nach der Ansicht mancher mit der historischen Grundlage der Bestimmung des §. 367 im Widerspruche steht. Allein abgesehen davon, daß es mindestens fraglich ist, ob die Verfasser des §. 367 b. G.-B. bez. §. 92 II. Entw. sich des historischen Zusammenhanges dieser Bestimmung mit dem ältern Rechte bewußt waren, darf meines Erachtens daraus, daß Irrthum und der von einem Dritten ausgeübte Zwang dem redlichen Vertragsgenossen unschädlich sind, nicht geschlossen werden, daß der vom Vertragsgenossen ausgeübte Zwang ebenso wie der Irrthum des versprechenden Theiles auch für den Eigenthumserwerb eines redlichen Dritten gleich behandelt werden müssen. Endlich steht dieses Resultat im Einklange mit demjenigen, was wir als die gemeinsame ratio der Bestimmung des §. 367 b. G.-B. und anderer Bestimmungen unseres Gesetzes über den Schutz des redlichen Dritten erkennen zu dürfen glaubten. — Freilich haben wir dabei eine Voraussetzung gemacht, deren Zulässigkeit erst zu erweisen ist. Dürfen wir bei einer Bestimmung, die sich als Ausnahme von einer Regel darzustellen scheint, die man als contra rationem juris recipirt erklärte, nach einer ratio suchen und aus dieser Consequenzen ziehen? Es sei gestattet, für die Beantwortung dieser Frage darauf hinzuweisen, daß niemand daran gezweifelt, daß das zum Gebrauche, zur Verwahrung oder in

einer anderen Absicht anvertrauen ebenso nur als wichtige Beispiele des Verlustes der Gewahrsame mit, wie das „gestohlen oder verloren" im Art. 306 H.-G.-B. als wichtige Beispiele des Verlustes der Gewahrsame ohne Willen — also als Ausdruck eines Principes aufzufassen sind; hinzuweisen ferner auf die neuere Literatur und — was insbesondere als Ausdruck fortschreitenden Rechtsbewußtseins wichtig ist — auf die neuere Rechtssprechung betreffend die Haftung für fremdes Verschulden oder besser, die Haftung für Schaden ohne Verschulden, die im b. G.-B. zweifellos als Ausnahme von der Regel, daß nur für verschuldeten Schaden gehaftet werde, erscheint. Was in diesen Fällen unbefangen oder bewußt geschieht, darf doch auch für die Beantwortung der Frage nach dem Schutze des redlichen Verkehres geschehen, zumal, wenn wir im a. b. G.-B. Rechtssätze finden, die zweifellos unter einem gemeinsamen, höheren Gesichtspunkt zusammengefaßt werden können.

Sind die vorstehenden Ausführungen richtig, so dürfen wir als Resultat derselben es aussprechen, daß den Bestimmungen unseres b. G.-B. über den Schutz des redlichen Verkehrs ein einheitliches alle Fälle umfassendes Princip nicht zu Grunde liegt, wie ein solches in den Vorarbeiten zum b. G.-B. klar formulirt war; daß die diesbezüglichen Normen unseres b. G.-B. in den Voraussetzungen und in dem Umfange ihrer Anwendbarkeit keineswegs mit einander übereinstimmen, ja daß die Verfasser des b. G.-B. vielleicht über die Tragweite einzelner Bestimmungen sich nicht klar waren. Trotzdem dürfen wir sagen, daß unser b. G.-B. auch in seinen diesbezüglichen Bestimmungen sich bewährt und das Lob, das ein Theil derselben gefunden, auch verdient hat.

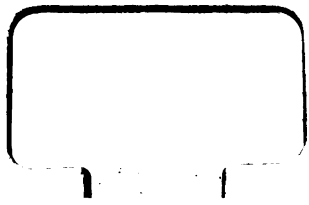
K. u. k. Hofbuchdruckerei
A. Haase, Prag.

Digitized by Google



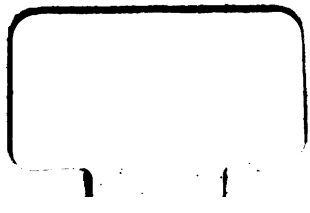
K. u. k. Hofbuchdruckerei
A. Haase, Prag.

printed in Czech-Slovakia



K. u. k. Hofbuchdruckerei
A. Haase, Prag.

Printed in Austria



K. u. k. Hofbuchdruckerei
A. Haase, Prag.

Printed in Czechoslovakia